بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

التعويض الاتفاقي في القانون المدني

- دراسة مقارنة -

إعداد

طارق محمد مطلق أبو ليلى

إشراف

الدكتور حسين مشاقي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، فلسطين.

2007م

التعويض الاتفاقي في القانون المدني
- دراسة مقارنة -

إعداد
طارق محمد مطلق أبو ليلى

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ: 22/ 2/ 2007م وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	التواقيع
- الدكتور حسين مشاقي / مشرفاً	---------------------------
- الدكتور جهاد الكسواني / ممتحناً خارجياً	---------------------------
- الدكتور علي السرطاوي / ممتحناً داخلياً	---------------------------

الإهداء

إلى أركان محبتي ورفعتي ونبضي وضميري

إلى من اكتنزت نفسي بأخلاقهم، فعشت بوحي منها وسأبقى إلى ما شاء الله

إلى أمي وأبي

إلى اخواتي وأخواتي الذين أمدوني بطموح الابداع فيه طموح

الشكر والتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتور حسين مشاقي الذي أشرف على هـذه الأطروحـة، فأحـسن الإشراف عليها، وأجزل العطاء لها، ورفدني بكل ما لزمني من نصائح إشرافية ساهمت برفـع كفاءتي التحليلية والعلمية فله مني بالغ الوفاء وعالي الاحترام، وواحـة متجـددة مـن الـشكر الجزيل.

كما أتقدم بالشكر الكبير إلى الدكتور علي السرطاوي والدكتور جهاد القسواني اللذين ناقشوا معنا هذه الأطروحة وأغنوها نقاشاً وتقليباً ورفدوها بكل الملاحظات الراعية لها على طريق الاكتمال والنضوج.

كل الشكر إلى العاملين في صرح المكتبة الجامعية الذين دأبوا على توفير مـا اسـتطاعوا مـن المواد العلمية التي قامت هذا لأطروحة على معظمها.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة

أحكام التعويض الاتفاقي في القانون المدني

-دراسة مقارنة-

إعداد

طارق محمد مطلق أبو ليلى

إشراف

الدكتور حسين مشاقي

الملخص

تعالج هذه الرسالة موضوعاً له أهمية كبيرة على الصعيد الاقتصادي، وهو التعويض الاتفاقي والذي يعني الاتفاق المسبق على تقدير التعويض المستحق جراء إخلال أحد المتعاقدين بالالتزام المترتب على عاتقه بموجب العقد وأعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، هذا بالإضافة إلى أن التعويض الاتفاقي يلعب دوراً كبيراً في اضفاء صفة الالزامية على العقود الأمر الذي يساعد على تنفيذها، هذا بالاضافة إلى أنه يؤدي إلى التقليل من المنازعات التي تثور بشأن ركن الضرر وحجم التعويض المستحق، وهذا بطبيعة الحال يؤدي إلى الحيلولة دون تدخل القضاء أحياناً وتحكمه في التقدير سواء من خلال القاضي نفسه أو من خلال الاستعانة بالخبراء مما يؤدي إلى توفير الوقت والجهد والمال الواقع سواء على عاتق المتعاقدين أم على عاتق القضاء.

وللرسالة أهمية كبيرة على الصعيد الفكري القانوني الفلسطيني كونها تناقش موضوع التعويض الاتفاقي في مشروع القانون المدني الفلسطيني ومقارنته مع الأنظمة القانونية في كل من مصر والأردن.

وتهدف هذه الرسالة إلى بيان القيمة القانونية للتعويض الاتفاقي، فمن الضروري التعرف على مفهوم التعويض الاتفاقي وشروط استحقاقه، هذا بالإضافة إلى معرفة نطاق تطبيقه، وتميزه عن الأوضاع القانونية المشابهة له، وكذلك الاستعانة بالفقه والقضاء في كل من مصر والأردن وفلسطين، للوصول إلى رؤيا واضحة للأثار القانونية التي تترتب على التعويض الاتفاقي وتحديد الطبيعة القانونية له لما لهذا الأمر من أهمية كبيرة على كل من الصعيد التجاري والاقتصادي والاستثماري علاوة على ذلك أن هذا الأمر يعود بالفائدة على كل من له علاقة

بالعمل القانوني عدا عن النفع القانوني الـذي يعـود علـى العـاملين بالجانـب الاقتـصادي والاستثماري.

لهذا تم تقسيم هذه الرسالة إلى تمهيد وأربعة فصول حيث تم تناول تطور فكرة التعويض الاتفاقي في هذه الأنظمة القانونية المختلفة في التمهيد.

وعالج الفصل الأول المبادئ والأحكام العامة للتعويض الاتفاقي وجرى تقسيمه إلـى مبحثـين: حيث تم استعراض مفهوم التعويض الاتفاقي في المبحث الأول وقسم إلى مطلبين، في الأول تم التعرف على ماهية التعويض الاتفاقي وأركانه في الأنظمة المختلفة، أما في الثاني فتم التعـرف فيه إلى أهمية التعويض الاتفاقي.

كذلك تم بحث خصائص التعويض الاتفاقي في المبحث الثاني حيث جرى تقسيمه إلى مطلبـين: المطلب الأول: يعالج خاصية الاتفاقية في حين المطلب الثاني يعالج خاصية التبعية.

وبخصوص الفصل الثاني: فتضمن شروط استحقاق التعويض الاتفاقي حيث يعالج المبحث الأول شروط استحقاق التعويض الاتفاقي وتم تقسيمه إلى مطلبين حيث يعالج الأول الأركـان العامـة للحكم بالتعويض الاتفاقي من خطأ وضرر وعلاقة سببية والثاني يعالج موضوع الاعذار الموجه من الدائن إلى المدين. والمبحث الثاني: يعالج نطاق تطبيق التعويض الاتفاقي وجرى تقسيمه إلى مطلبين حيث يعالج المطلب الاول تطبيق التعويض الاتفاقي في نطاق العقد، في حـين يعـالج المطلب الثاني تطبيق التعويض الاتفاقي في نطاق الفعل الضار.

في حين يعالج الفصل الثالث مسألة الاختيار والجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي كذلك تميزه عن الأوضاع القانونية المشابهة، حيث تم تقسيمه إلى مبحثين دراسـيين، تـم تخـصيص المبحث الأول لمسالة الاختيار والجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي وتم تقـسيمه إلـى مطلبين خصص الأول لدراسة موضوع الاختيار بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي في حين خصص الثاني لدراسة موضوع الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي، والمبحث الثـاني: يعالج هذا المبحث تمييز التعويض الاتفاقي عن الأوضاع القانونية المشابهة له وتم دراسة هـذا

المبحث في خمسة مطالب خصص المطلب الأول للتمييز بين التعويض الاتفاقي والإثراء بلا سبب والثاني للتمييز بين التعويض الاتفاقي وعقد الصلح والثالث للتمييز بين التعويض الاتفاقي والتهديد المالي والرابع للتمييز بين التعويض الاتفاقي والالتزام البدلي، والخامس للتمييز بين التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري.

أما الفصل الرابع يعالج أثار التعويض الاتفاقي ومدى تعلق أحكامه بالنظام العام وقسم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول: يعالج سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي وتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث يعالج الأول سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي في حين يعالج الثاني سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي، أما المبحث الثاني فيعالج أحكام التعويض الاتفاقي والنظام العام، وتم تقسيمه إلى مطلبين: الاول يعالج فكرة النظام العام والثاني يعالج أحكام التعويض الاتفاقي والنظام العام على اعتبار أن المنهج الذي اتخذه المشرع حيال هذا الأمر في الأنظمة القانونية محل الدراسة هو منهج غريب بحد ذاته على اعتبار أن معظم القوانين أجازت للمتعاقدين الاتفاق على تحديد مقدار التعويض في بداية التعاقد أو في اتفاق لاحق عليه، وهذا يعني أن المشرع قد اعتبر التعويض الاتفاقي لا يتعارض مع أحكام النظام العام، إلا أن القوانين المعالجة للتعويض الاتفاقي قد خالفت المبدأ الذي قررته، من حيث أنها سمحت للقاضي تخفيض أو زياد التعويض الاتفاقي في حالة عدم تناسب مقدار التعويض الاتفاقي مع الضرر الحاصل، واعتبرت سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

المقدمة

يميل الإنسان إلى إنشاء علاقات وروابط بين أبناء البشر ينبثق عنها، مع مرور الزمن، من قواعد تساعد على تنظيمها وتوطيدها وترسيخها، أو قد تأمر بمنعها وتعتبرها مخالفة للنظام العام.

وقد واكب المشرع ميل الإنسان الفطري للعيش في وسط اجتماعي، مع ما ينشأ من تشابك مصالح وتفاعل حضاري، فسن قوانين تتضمن قواعد قانونية تؤمن استمرار الحياة الاجتماعية، وإرساء قواعد الحقوق والالتزامات، ومن أهم ما توصل إليه المشرع، احتراماً لحرية الإنسان وحقوقه وإرادته، السماح للأفراد بالتعاقد، واعتبار العقد شريعة المتعاقدين.

ولما كانت العلاقات الإنسانية متطورة ومتعددة لا يحدها حصر، نظراً لتطور الإنسان وإمكان خلقه منطلقات جديدة لنشاطه، إلا أن المشرع بقي قادراً على الإحاطة بكل نشاط يقوم به الإنسان عن طريق وضعه القواعد القانونية التي تستوعب العلاقات الإنسانية المتطورة وتبن لها الأسس والمرتكزات، وذلك إما انطلاقاً من تصرفات الإنسان نفسه، وما يفرض ذلك على المشرع من تدخل لتنظيمها، وأما انطلاقاً من فكر المشرع وترقبه قيام العلاقات بين الأفراد.

والإنسان في دخوله في علاقات متنوعة مع غيره ينبثق عنها نوعان من الالتزامات، إما التزامات أدبية (طبيعية) غير ملزمة في نظر القانون، وإما التزامات قانونية ملزمة، وعن هذه الأخيرة تنشأ صفة المديونية، بحيث يكون أحد المتعاقدين دائناً والآخر مديناً.

ويلتزم المدين بإداء بدل العطل والضرر في حال عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخره في تنفيذه، والمرجع الطبيعي لتحديد بدل العطل والضرر، كقاعدة عامة، هو القضاء، لكن سلوك طريق القضاء يحتاج إلى الكثير من الوقت والجهد والمال لأن عملية تقدير التعويض ليست بالأمر السهل، فهي تستلزم بالتأكيد خبرة ومعرفة قد لا يتوافران في القاضي الأمر الذي يستوجب تعيين خبير لتقدير بدل العطل والضرر، وهذا من شأنه أن يطيل أمر النزاع ويتعارض مع الغاية الاقتصادية من التعاقد وهي الحصول على المنفعة المتوخاة من وراء العقد بأسرع

وقت وأيسر السبل، وتلافياً لذلك، للأطراف المتعاقدة انطلاقاً من الحرية الممنوحة تحديـد بـدل العطل والضرر ودياً، وذلك بتضمين العقد تعويضاً اتفاقياً يدرج في صلب العقد أو فـي اتفـاق لاحق له، ويجب التنويه بداية إلى وجود مؤسسات قانونية مشابهة للتعـويض الاتفـاقي وهـي الشرط الجزائي، فكلاهما عبارة عن تقدير مسبق للتعويض المستحق نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه، ولكنهما يختلفان في أن التعويض الاتفاقي يسمح للقاضـي أن يعدلـه تبعـاً للضرر الحاصل فعلاً، في حين أن الشرط الجزائي يبقى ثابتاً لا يجوز تعديلـه لا بالزيـادة ولا بالنقص.

نطاق الدراسة:

يتعلق التعويض الاتفاقي بشكل مباشر بالعقود على اعتبار أنه يوجد بصورة بند او شرط ضمن شروط العقد، فهو بهذا يجمع بين موضوعات القانون المدني والقانون التجاري ذلـك لأن العقود قد تكون مدنية أو تجارية، ثم أن التعويض الاتفاقي يعتبر نوعاً من أنواع التعويض، وكما هو معلوم للجميع لا يوجد تعويض مدني وآخر تجاري، فالأحكام العامة للتعويض واحدة، وهذا ما يؤدي بنا إلى مناقشة المبادئ والآثار التي تترتب على التعويض الاتفاقي في ظل نـصوص القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، وكذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني.

اشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في خصوصية النظام القانوني للتعويض الاتفاقي فـي كـل مـن مشروع القانون المدني الفلسطيني والقوانين المقارنة، حيث اعتبر مـشروع القـانون المـدني الفلسطيني التعويض الاتفاقي مزيج بين التعويض والعقوبة، حيث أعطى للقاضي سلطة تعـديل التعويض الاتفاقي بالزيادة والنقص ضمن حالات محددة فقط، وفي غيرها يحكم به كمـا هـو، وموزات الأمر في القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، أما القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 أجاز للقاضي تعديل التعويض الاتفاقي بناء على طلب أحد أطراف العقـد في كل حالة لا يتساوى فيها التعويض مع الضرر الحاصل، وبهذا يكون المشروع الأردني أخذ بالتعويض الاتفاقي كتعويض فقط دون انطوائه على أية عقوبة.

هدف الدراسة:

القوانين موضوع الدراسة عالجت موضوع التعويض الاتفاقي في نص قانوني واحد او اثنين على الأكثر، وبالتالي تهدف الرسالة إلى تعريف التعويض الاتفاقي، وبيان أحكامه ومبادئه العامة، والعمل على شرحها، عن طريق التعرف إلى أهمية التعويض الاتفاقي ومكانته وخصائصه وشروط تطبيقه، ثم أن التعويض الاتفاقي يختلط ويتشابه مع العديد من المفاهيم القانونية مثل العربون والتهديد المالي وعقد الصلح والالتزام التخييري والالتزام البدلي، وبالتالي كان لا بد من تحديد وبيان الخصائص التي يتم من خلالها تمييز التعويض الاتفاقي عن تلك المفاهيم.

ثم أن دراستي لهذا الموضوع هي لبيان موضوع التعويض الاتفاقي في مشروع القانون المدني الفلسطيني، ومعرفة كيفية تنظيم المشرع الفلسطيني لهذا الموضوع، ورغبة في التعمق في موضوع التعويض الاتفاقي والتعرف على أحكامه في الأنظمة القانونية محل الدراسة، ذلك لأن موضوع التعويض الاتفاقي محل خلاق فقهي، ثم أنني قمت بالبحث في المكتبات الفلسطينية وجدت أن معظم المراجع تعالج موضوع التعويض الاتفاقي ضمن أحكام الالتزام، وذلك بالتعرض له بصفحات قليلة.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذه الدراسة في كونها تسلط الضوء على أحد أهم النظريات القانونية، ذات التطبيق الواسع في الحياة الاقتصادية، ومما يزيد الموضوع أهمية أنه يتناول مدرستين قانونيين مختلفتين في المصطلحات والمفاهيم والتطبيق، ذلك أن التعويض الاتفاقي في النظام القانوني الأردني مستمد من النظام اللاتيني، في حين أن النظام القانوني المصري والفلسطيني مستمدان من النظام الانجلوسكسوني، فالقانون المدني الأردني، قنن أحكام التعويض الاتفاقي بصورة تختلف عما ورد عليه النص في القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني الأمر الذي يؤدي إلى مغايرة في أحكام التعويض الاتفاقي. ثم أن أهمية هذه الدراسة تتجلى في كونها تسعى إلى تعريف المعنيين على الدور الكبير الذي يلعبه التعويض الاتفاقي في تنفيذ

العقود، وذلك من خلال المساهمة في إعادة الثقة بالقوة التنفيذية للعقود، وبالتالي دفع عجلة النمو الاقتصادي إلى الأمام، حيث لا يخفى على أحد الأوضاع الصعبة التي يمر بها الجهاز القضائي الفلسطيني في فترة ما بعد الاحتلال، الأمر الذي دفع بالكثير من المستثمرين إلى البحث عن سبل أخرى تضمن لهم التنفيذ الصحيح والسريع لتعاقداتهم، وتؤمن لهم الحصول على التعويض العادل في حالة الاخلال بالعقد الذي أبرموه في أسرع وقت وأقل التكاليف.

منهجية الدراسة:

من أجل الإلمام بمفهوم التعويض الاتفاقي في ظل القانون المدني الأردني وكذلك المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني، فقد تم اعتماد المنهج النظري الوصفي التحليلي لكل منهما فيما يتعلق بموضوع التعويض الاتفاقي.

ثم تم اعتماد الأسلوب التطبيقي للقرارات القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها المدنية وكذلك القرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض المصرية بصفتها المدنية وكذلك محكمة الاستئناف في رام ا .

ومن أجل مقارنة الوضع في مشروع القانون المدني الفلسطيني مع ما هو سائر في النظام القانوني الأردني والنظام القانوني المصري، فقد تم اعتماد الأسلوب المقارن، وعلى ضوء ما تقدم سيكون تقسيم موضوع التعويض الاتفاقي في أربعة فصول على النحو التالي:

التمهيد.

الفصل الأول: المبادئ والأحكام العامة للتعويض الاتفاقي.

الفصل الثاني: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي ونطاق تطبيقه.

الفصل الثالث: الاختيار والجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي وتميزه عن الأوضاع القانونية المشابهة له.

الفصل الرابع: آثار التعويض الاتفاقي ومدى تعلق أحكامه بالنظام العام.

تمهيد

إن فكرة الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون الوصفي فكرة قديمة حيث وجدت في القانون الروماني، وقد أطلقت عليه التسمية اللاتينية الآتية (Stipulation Poena) وهي عبارة تحمل معنى الاشتراط والعقاب، إذ كان الرومان يعتبرون المدين الذي لا ينفذ التزاماته مجرماً، وكان غاية الشرط الجزائي حينذاك ليس تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام، بل قمع الجرم المقترف من قبل المدين بعدم تنفيذ التزامه، ثم انتقل استعمال الشرط الجزائي إلى البلاد التي تأثرت بالقوانين الرومانية، وكان يسود هذا الانتقال فكرة العقاب أيضاً، ولذلك اتسم الشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم بطابع العقاب، ولم يسمح الاجتهاد الفرنسي بمنح الدائن مبلغاً يفوق الجزاء المشترط[1]، حتى ولو كان الضرر الذي لحق به يفوق مقدار الشرط الجزائي، لكنه كان يسمح لتخفيف هذا الجزاء لصالح المدين إذا كان يفوق بوضوح الضرر الحقيقي، إلا أن سلطة التخفيف هذه لم تكن ترتكز على أساس قانوني[2].

لقد وردت المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي منوهة إلى أن العقد المتضمن نصاً يقضي بأن من ينكث في تنفيذه يتوجب عليه دفع مبلغ ما، كبدل عطل وضرر، يعتبر ملزماً لا يجوز تعديله وبالتالي لا يمكن منح الفريق الثاني مبلغاً أكثر أو أقل من ما هو متفق عليه[3].

وقد اتجه الفقه الفرنسي بمجمله استناداً إلى نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، التي تعتبر العقد شريعة المتعاقدين، إلى اعتبار أن القاضي لا يمكنه إجراء أي تعديل على الشرط الجزائي لاعتبارات تتعلق بمقتضيات العدالة، إلا أن المشروع الفرنسي عاد وأصدر قانوناً عام 1975م، أدخل فقرة جديدة على نص المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على ما يلي "غير أنه يحق للقاضي أن يعدل أو يزيد الغرامة المتفق عليها في العقد إذا كانت فاحشة أو بخسة، وإن كل اشتراط مخالف يعتبر كأنه غير مكتوب"، وبالتالي أجاز هذا النص تعديل الشرط الجزائي، وبذلك واكب المشرع الفرنسي الاجتهاد الحديث من إمكان تعديل الشرط الجزائي سواء بالزيادة أو بالنقصان[4].

---

(1) Toellier, Le: Droit Civil Francais, 5e, ed, T.6 , N811, P.849.

(2) ناصيف، الياس: البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، الابحار التمويلي، 1991، ص19.

(3) المهتار، طلال: البند الجزائي في القانون المدني، رسالة دكتوراه، مقدمة بجامعة السوربون بفرنسا، 1974، ص40.

(4) ناصيف، الياس: مرجع سابق، ص21.

ثم دخلت فكرة الشرط الجزائي إلى القوانين العربية الحديثة متـأثرة بالقـانون المـدني الفرنسي، فتلقفها القانون المدني المصري الذي أجاز للمتعاقدين في المادة 223 منـه أن يحـددا قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، وقد تأثرت القوانين العربيـة الأخـرى بالقانون المدني الفرنسي، فجاءت مطابقة أو مشابهة له ومنها مشروع القانون المدني الفلسطيني.

ولقد أعطى المشرع المصري للقاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي وذلك في المـادة 224 من القانون المدني المصري[1]، حيث نصت على ذلك بقولها "لا يكون التعويض الاتفـاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر" ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعـويض إذا أثبت أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جـزء منـه، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين.

هذا بالنسبة لامكانية تعديل التعويض الاتفاقي بالنقصان، أما المادة 225 أعطت القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة، ولكن هذه السلطة مقيدة بأن يثبـت الـدائن أن المـدين ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، حيث جاء النص كما يلي: "إذا جاوز الضرر قيمة التعـويض فـلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن الدين قد ارتكـب غـشاً أو خطـأ جسيماً".

وبالنسبة للقانون المدني الأردني الذي استمد أحكامه من الفقه الإسلامي، فقد أخذ بفكـرة التعويض الاتفاقي، وقد أعطى القاضي في جميع الحالات سلطة تعديل التعويض الاتفاقي بنـاء على طلب أحد المتعاقدين ليكون مساوياً للضرر، وقد نصت على ذلك المادة 364[2] مـن هـذا القانون بقولها "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون، ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الفريقين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

---

(1) القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

(2) القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

الفصل الأول

المبادئ والأحكام العامة للتعويض الاتفاقي

الفصل الأول

المبادئ والأحكام العامة للتعويض الاتفاقي

إن هم الناس الدائم هو ضمان المستقبل، الأمر الذي يؤدي بهم إلى الانتشار المتزايد والمتنوع للعقود من أجل تبادل الأموال والخدمات، وقد أفسح المشرع للأفراد المتعاقدة تدعيم عقودهم واتفاقاتهم بالتعويضات الاتفاقية، ولهذا سيتم دراسة هذه الفصل في مبحثين، يخصص الأول لدراسة مفهوم التعويض الاتفاقي، والثاني لدراسة خصائص التعويض الاتفاقي.

المبحث الأول

مفهوم التعويض الاتفاقي

حتى نقف على مفهوم واضح للتعويض الاتفاقي، لا بد من الوقوف على تعريفه كما جاء في مؤلفات الفقهاء، وبيان أي من هذه التعريفات يصلح أساس للتعريف التعويض الاتفاقي، ولهذا سوف أقدم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول كتعريف التعويض الاتفاقي والثاني لبيان أهميته.

المطلب الأول: تعريف التعويض الاتفاقي وأركانه:

إن مصطلح التعويض الاتفاقي كغيره من المصطلحات القانونية، فقد نجد له تعريفات متعددة، وهذا أمر مألوف في الفكر القانوني، وبالرجوع إلى الأنظمة القانونية محل الدراسة نجد أنها لم تورد تعريفاً للتعويض الاتفاقي، ولكن قام الفقهاء القانونيون بتعريفه، فقد عرفه الأستاذ زهدي يكن بقوله "هو التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد ويقدرانه بنفسهما عند عدم القيام بتنفيذ الموجب أو عند حصول التأخير في الوفاء"[1]، وقد عرفه الدكتور سليمان مرقس على أنه "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين –يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود- في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على

(1) يكن، زهدي: شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج5، ط1، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د.ت. ص135.

هذا الإخلال أو التأخير وتعويضاً للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك"[1]، وقد عرفه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه: التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدماً بدلاً من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير في التنفيذ[2]. وقد عرفه الأستاذ الدكتور أنور سلطان بقوله "الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه"[3].

من خلال تعريف التعويض الاتفاقي، يمكن أن نستنتج الأمور التالية:

1. يعتبر التعويض الاتفاقي اتفاق سابق على وقوع الضرر: طالما أن التعويض الاتفاقي يعتبر اتفاقاً فيجب أن تتوافر فيه الأركان العامة الواجب توافرها في أي اتفاق أو عقد وهي "الرضا، الأهلية، المحل والسبب" وهذا الاتفاق يرد غالباً ضمن شروط العقد الأصلي، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد، ولكن يجب أن يكون قبل وقوع الضرر الذي يستحق هذا التعويض من أجله، لأنه إذا لم يعد ذلك أصبح صلحاً [4].

2. محل التعويض الاتفاقي غالباً ما يكون دفع مبلغ من النقود، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون محله شيئاً آخر غير النقود، كأن يكون محلة القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وقد يكون محله اشتراط استحقاق جميع أقساط الدين عند التأخر عن دفع أحدها في تاريخ استحقاقها المتفق عليه، أو استحقاق المؤجر للمنشآت التي أقامها المستأجر في المأجور بسبب تأخره عن التسليم عند انتهاء عقد الايجار[5].

---

(1) مرقس، سليمان: موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1961، ص675.

(2) سلطان، أنور: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997، ص172.

(3) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص851.

(4) تمييز حقوق رقم 11/221، مجلة نقابة المحامين، السنة الحادية والأربعون، ع1، 2، 3، 1993، ص186.

(5) ناصيف، الياس: مرجع سابق، ص27.

3. أن كل من التعريفات السابقة يركز على الهدف والغاية من التعويض الاتفاقي وأن كل منهما يمثل مدرسة قانونية بالنسبة للدكتور سليمان مرقس فقد اعتبر التعويض الاتفاقي شرطاً جزائياً الغاية والهدف منه هو معاقبة المدين على اخلاله بالالتزام الملقى على عاتقه بموجب العقد، وفي ذات الوقت تعويض الدائن عن الاخلال، في حين اعتبر الدكتور عبد الرازق السنهوري التعويض الاتفاقي الاتفاق بين الدائن والمدين على التعويض المستحق في حالة اخلال المدين بالتزامه التعاقدي.

يمكن القول بأن التعويض الاتفاقي يجب أن يشتمل على معنى العقوبة والتعويض في ذات الوقت، بحيث يكون من الممكن تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة وبالنقص ضمن حالات محددة، حيث سيتم شرحها لاحقاً وفي غير ذلك يبقى التعويض كما هو، وذلك يعد أسلم السبل لكفالة التعويض الاتفاقي يستطيع أن يحقق اهدافه بدقة دون أن يكون طريقاً من طرق الحيف والظلم، فمجرد تقدير التعويض لا يكفي أن يؤدي التعويض الاتفاقي دوره المطلوب منه، فيتطلب الأمر إعطائه بعض السمات العقوبة المدنية الخاصة من أجل أن يقوم بالدور المرجو منه.

يمكن التساؤل في هذا المجال هل من الممكن توثيق التعويض الاتفاقي بتأمين عين؟ للإجابة عن هذا التساؤل لا بد من التعرف إلى فكرة التأمينات العينية وفائدتها.

التأمين العيني: هو تخصيص مال معين من أموال المدين أو غيره لتأمين حق الدائن في استيفاء حقه، فالتأمين يضمن تنفيذ الالتزام وعلى ذلك يمكن أن نعت التأمين بصفة التبعية، فالتأمين لا يوجد مستقلاً عن دين يضمنه فهو تابع لوجود الدين، فإذا انقضى الدين أو نشأ باطلاً، انقضى التأمين كذلك[1].

والتأمين العيني لا يخرج المال المخصص من ملك صاحبه، بل يبقى ضمن سائر أمواله يشكل معها الضمان العام لحقوق دائنه بحيث يكون لأي دائن له أن ينفذ عليه بحقه، غير أن فائدة التأمين العيني تكمن في أن الدائن المقرر لصالحه هذا التأمين يكون في مأمن من خطر إعسار مدينة، كما يتجنب خطر مزاحمة باقي الدائنين له لأن تخصيص هذا المال للوفاء بحقه يعطيه على هذا المال ميزات لا يشاركه فيها غيره من الدائنين هما ميزتا التقدم والتتبع، فإذا أعسر

(1) العطار، عبد الناصر توفيق: التأمينات العينية، د. ت، ص3. أبو السعود، رمضان: التأمينات الشخصية والعينية، منشأ المعارف بالاسكندرية، 1995، ص11.

المدين أو حجز على هذا المال وبيع بالمزاد لسداد ما على المدين من ديون، كان للدائن صاحب الحق العيني التبعي التقدم على الدائنين العاديين والدائنين الأقل منه مرتبة في استفتاء حقه من التأمين العيني[1].

والدائن المقرر لصالحه التأمين العيني له صفتان، فهو دائن أي صاحب حق شخصي يستطيع بمقتضاه أن ينفذ بحقه على سائل أموال المدين، وهو صاحب حق عيني تبعي بموجب التأمين العيني يستطيع بمقتضاه أن ينفذ بحقه على المال المخصص لوفاء دينه، وهو بالعادة يبدأ بهذا التنفيذ الأخير حتى لا يزاحمه الدائنون العاديون والدائنون الأقل مرتبة منه، لكن ليس هناك ما يمنع الدائن صاحب الحق من أن يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى غير المخصصة للوفاء بحقه وعندئذ يشاركه الدائنون الآخرون في اقتسامها قسمة الغرماء[2].

بعد هذه المقدمة يمكن القول بأن التعويض الاتفاقي يمكن توثيقه بالتأمين العيني بحيث إذا أصبح هذا التعويض مستحقاً في ذمة المدين فإن الدائن صاحب الحق بالتعويض يستطيع أن يستوفي حقه بالتنفيذ على المال المخصص للوفاء بهذا التعويض متى أصبح مستحقاً دون أن يزاحمه عليه غيره من الدائنين.

المطلب الثاني: أهمية التعويض الاتفاقي

لقد شاع انتشار التعويض الاتفاقي على الصعيد التعاقدي لما له من أثر في الحياة العملية، فأصبح المتعاقدون يدرجونه في شتى أنواع العقود، لذا من النادر اليوم أن نجد عقداً لا يتضمن اتفاقاً مسبقاً لمقدار التعويض المستحق في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخره في التنفيذ، وذلك بغية الحصول على تنفيذ بأفضل صورة وبحسن نية، ونظراً لما يحققه لهم من مزايا ومصالح كثيرة خاصة وعامة، وحماية التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد، وإلا لما أجهد

---

(1) مرقس، سليمان: التأمينات العينية، ط2، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1959، ص5. حمدان، حسين عبد اللطيف: التأمينات العينية، الدار الجامعية، بيروت، 1981، ص9.

(2) العطار، عبد الناصر توفيق: مرجع سابق، ص4.

المشرع نفسه بتنظيم أحكامه، وتسارع الفقهاء على تفسيره وتوضيحه وشرح أحكامه، وبالتالي تكمن أهمية التعويض الاتفاقي فيما يلي:

1. ضمان تنفيذ الالتزام وفق الأصول:

يعتبر هذا الضمان لتنفيذ الالتزام من أهم المزايا التي يحققها التعويض الاتفاقي، فالاتفاق عليه يدفع المدين على تنفيذ التزامه على الوجه المطلوب والحسن، بدون إخلال، ذلك لأنه يعلم مسبقاً بأنه معرض لتعويض الدائن عن الضرر الذي سيلحق به نتيجة عدم التنفيذ أو تأخيره في التنفيذ، هذا فضلاً على أن المدين في حالة إخلاله بتنفيذ التزامه مع وجود التعويض الاتفاقي يضعه فعلاً في حالة المخل بتنفيذ التزامه والدائن غير ملزم باثبات هذا الإخلال –كما سندرسه في حينه- الأمر الذي يدفع المدين على الوفاء بالتزامه حتى لا يتعرض إلى دفع مقدار التعويض الاتفاقي المتفق عليه، وهذا الأمر يسد أبواب الفوضى والتلاعب بحقوق الناس[1].

2. توفير الوقت والنفقات:

فوجود التعويض الاتفاقي يسهل الأمر على الدائن في الحصول على مبلغ التعويض دون اتباع الإجراءات القضائية المعقدة والبطيئة، هذا ناهيك عن التكاليف المالية، وأتعاب المحاماة والرسوم والمصاريف التي يتطلبها الكشف أو المعاينة أو الخبرة، وبالتالي فإن العقد المتضمن تعويضاً اتفاقياً يغني عن كل تلك المصاعب والتكاليف[2].

3. تحديد المسؤولية:

قد يقوم التعويض الاتفاقي بدور الشرط المقيد أو المحدد للمسؤولية، ويكون ذلك عندما يكون مقدار التعويض المتفق عليه أقل بشكل ملحوظ من مقدار الضرر الحاصل فعلاً بسبب عدم تنفيذ

---

(1) شعبان، زكي الدين: مرجع سابق، ص126-127.

(2) الحموي، اسامة: الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون) ط1، مطبعة الزرعي، دمشق، ص56. Cabriel Khoury, Le, Clause penab. Les oblig, en dr. fronc. Et egyptd, these paris 1939, 10.

الالتزام، الأمر الذي يفهم منه تخفيف المسؤولية، أو قد يكون الهدف منه تشديد المسؤولية فـي حالة أن كان المبلغ المتفق عليه يزيد من الضرر المتوقع حصوله[1].

4. التقليل من المنازعات التي تثور حول ركن الضرر:

إن من أهداف التعويض الاتفاقي أيضاً التقليل بشكل كبير من أي جدل يدور حول وقوع الضرر أو عدم وقوعه، مباشراً أو غير مباشر، متوقعاً أو غير متوقع، ومقدار التعويض الواجب له، وبالتالي فإن وجود التعويض الاتفاقي يعني أن المتعاقدين افترضا تحقق الضرر وأدخلا فـي حساباتهما مقداره، ولذلك يجوز للدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيـذ طلـب قيمـة التعويض الاتفاقي من المدين، دون حاجة لاثبات ركن الضرر، والأصل أن المدين يلزم بدفعه، ما لم يطلب من القضاء انقاصه[2]، كما سنرى لاحقاً، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في احدى قراراتها بقولها "أن المضرور غير ملزم باثبات وقوع الضرر نتيجة اخلال المميز بالعقد ولا مقدراه، لأن وجود التعويض الاتفاقي يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين وهو إقـرار بالضرر عند الإخلال بالعقد لا يكلف المضرور بإثباته، حيث ينقل المشرع عبء إثبـات عـدم وقوع الضرر ومقداره، أو تعديله إلى المدين وهو هنا المميز فإن شرط إلزامه بقيمة التعـويض المطالب به يكون قد توفر وإذا ما أراد التحلل منه فإن عليه عبء إثبات عـدم وجـود ضـرر أصاب المدعي وذلك بإثبات أنه قام بتنفيذ ما التزم به وعدم وقوع الضرر المطالب بـالتعويض عنه"[3].وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية أيضاً أن "مقتضى تقدير التعويض الاتفاقي فـي العقد أن إخلال للطاعنة (المدينة) بالتزامها يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين، فلا تكلـف المطعون عليها وهي الدائنة بإثباته، ويتعين على الطاعنة (المدينة) إذا ادعت ان المطعون عليها لم يلحقها أي ضرر أو أن التقدير مبالغ فيه إن ثبت ادعائه أعمالاً لأحكام الشرط الجزائي"[4].

---

(1) شعبان، زكي الدين: مرجع سابق، ص127، نخلة، موريس، مرجع سابق، ص86.

(2) السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عـام، الإثبـات آثـار والالتزام، ج2، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص.

(3) تمييز حقوق رقم 99/1027، مجلة نقابة المحامين، السنة الثامنة والأربعون، ع3، 4، 2000، ص854.

(4) الطعن رقم 129 لـ34، جلسة 1967/11/14، س18، ص1676. المنشور لدى عبد التواب، معوض، المرجع فـي التعليق على نصوص القانون المدني، ج6، ط4، 1998، ص941.

ولكن تجدر الإشارة في هذا المجال أن المادة (1/364) من القانون المدني الأردني أوجبت على الطرفين "مراعاة أحكام القانون" عند الاتفاق على التعويض، فمن ناحية يجب أن تتوافر في هذا الاتفاق الأركان العامة لكل عقد من رضا ومحل وسبب، ومن ناحية أخرى فلا بد للمطالبة بالتعويض من مراعاة الشروط التي حددها القانون للمطالبة بالتعويض عموماً، وحتى يتمكن الدائن من طلب التعويض الاتفاقي يشترط أيضاً ألا يكون مخلاً من جانبه في تنفيذ التزامه[1].

وقد جاء في قرار المحكمة النقض المصرية في هذا الخصوص أنه "لا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائي ما دام الحكم قد أثبت أن كلاً من المتعاقدين قد قصر في إلتزامه"[2].

5. يعمل التعويض الاتفاقي على زيادة قوة العقد الملزمة:

الأصل أن يقوم طرفا العقد بتنفيذه حسب الأصول وبحسن نيه، إلا أنه أحياناً قد لا يتحقق مثل هذا التنفيذ خاصة من جانب المدين، وعلى ذلك فإن وجود التعويض الاتفاقي في العقد يعطيه قوة قانونية إلزامية أخرى بالإضافة إلى قوته الإلزامية الأصلية، ويعود ذلك إلى أن كلا المتعاقدين يعلمان مسبقاً أن أي إخلال للعقد من قبل أحدهما فإن التعويض الاتفاقي في انتظاره، والذي يكون في الغالب أكبر من مقدار الضرر الحاصل فعلاً، وخوف المدين من أن القاضي لا يستجيب إلى طلبه لتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي، الأمر الذي يدفعه بلا تردد إلى تنفيذ التزامه بدقة[3].

6. القضاء على المنافسة غير المشروعة:

يقضي التعويض الاتفاقي على أشكال المنافسة غير المشروعة بين المؤسسات وخصوصاً التجارية والصناعية منها، فالمنتجون في هذه المؤسسات يتعاقدون مع المحال

(1) دواس، أمين: القانون المدني أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار الشروق، الأردن، 2005، ص75.

(2) الطعن رقم 92. لسنة23 بتاريخ 1957/12/19 سنة المكتب الفني 8، الفقرة الثانية.

(3) دواس، أمين: المرجع السابق، ص74. انظر عكس ذلك: سلطان، أنور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص172.

التجارية أو الوكلاء التجاريين من أجل بيع منتجاتهم، فيضمنون هذه العقود تعويضاً إتفاقياً مفاده أنه إذا تم توزيع بضائع خارج المنطقة الجغرافية المحددة للوكيل يكون ملزماً في هـذه الحالـة بدفع مبلغاً معيناً من النقود أو سحب الوكالة منه، وكذلك يكون الهدف من التعـويض الاتفـاقي أيضاً القضاء على المنافسة غير المشروعة في حالة اشتراطه للحد من فائض الإنتـاج، وذلـك عندما يتفق المنتجون لسلعة معينة على تعويض اتفاقي كعقوبة رادعة لمن أنتج منهم أكثر ممـا التزم به[1].

7. المحافظة على حق الطرف الذي اشترط لمصلحته:

يعطى التعويض الاتفاقي للدائن الحق في اللجوء إلى القضاء لإقامة الدعوى للحـصول على قيمته، وهو بالتالي يحافظ على مصلحة هذا الشخص خصوصاً في التعاقـد عـن الغيـر، فالشخص إذا تعهد بإجراء عمل معين عن الغير لا يلزم نفسه به شخصياً، وهنـا لا توجـد أي رابطة إلزامية تلزمه، وإنما يقع الأمر على خلاف ذلك تماماً في حالـة التعـويض الاتفـاقي، فالمتعهد يكون ملزماً بتنفيذ ما التزم به إذا كان هذا الغير الذي جرى التعهد باسمه لم يقم بالعمل المفترض أن يقوم به[2].

هذه هي أهم المزايا التي يتمتع بها التعويض الاتفاقي، والتي أكسبته أهمية كبيرة علـى الصعيدين العملي والقانوني، بحيث لا يكاد يخلو عقد من تعويض اتفاقي، ونـضيف إلـى تلـك المزايا مزايا أخرى يتمتع بها التعويض الاتفاقي، فهو يساهم في التخفيف مـن الالتجـاء إلـى القضاء الأمر الذي يضع عبئاً عن كاهل العدالة والمحاكم، وهذا لا شك أنه هـدف يرنـو إليـه المشرع لما فيه من تحقيق المصلحة العامة، ثم إنه يساعد في إزدهار المجتمع بشكل عام، ذلـك لأن التعويض الاتفاقي يعطي الاطمئنان لأطراف الالتزام، مما يؤدي إلى زيادة حركة التعاقـد، الأمر الذي يؤدي إلى ازدياد رؤوس الأموال المتداولة في السوق، وهذا يـدفع إلـى الانتعـاش

---

(1) الحموي، أسامة: المرجع السابق، ص18.

(2) يكن، زهدي: شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج5، ط1، منـشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د. ت، ص137.

الاقتصادي والاجتماعي، لأن ذلك يؤدي إلى تشغيل الأيدي العاملة العاطلة عن العمل في المجتمع، وزيادة الأرباح في أيدي المتعاملين بازدياد حركة التعامل والحركة التعاقدية[1].

ثم أن التعويض الاتفاقي يحقق مصلحة عامة للمجتمع إذا ما طبق في العقود عامة التي تبرمها الدولة مع الشركات لتنفيذ مشروعات الحكم المحلي في شتى محافظات الوطن، كتعبيد الطرق، وإنشاء المدارس والجامعات، والنهوض بالبيئة وغير ذلك من المشروعات لأن ذلك يؤدي إلى إتمام المشروعات في وقتها المحدد دون مماطلة أو تأخير.

(1) شعبان، زكي الدين: مرجع سابق، ص126.

المبحث الثاني

خصائص التعويض الاتفاقي

الهدف من التعويض الاتفاقي ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي، حيث يمكن القول بأن التعويض الاتفاقي قبل كل شيء هو عبارة عن اتفاق بين الطرفين المتعاقدين، وبما أنه جاء لضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي فهو يعتبر بهذه الصفة التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي وليس مستقلاً عنه.

وبناءً على ما سبق فإن التعويض الاتفاقي يتمتع بخاصيتين هما: خاصية الاتفاقية وخاصية التبعية وسأتناولها تباعاً.

المطلب الأول: خاصية الاتفاقية:

لما كانت احدى الغايات من التعويض الاتفاقي هو الحد من اللجوء إلى القضاء، وعدم إطالة أمد النزاع لدى المحاكم نظراً لبطء إجراءاتها، وتجنب التكاليف والرسوم والمصاريف، وكذلك الصعوبات التي تواجه القضاء في تحديد مقدار التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، هذا ناهيك عن أن كثيراً من الأضرار بحاجة إلى خبير لتقدير حجمها مقدار التعويض اللازم وما يتبع ذلك من نفقات، وبالتالي فإن انتقاد مقدار التعويض الاتفاقي المتفق عليه مسبقاً من قبل الأطراف وبإرادتهم الحرة لا تحقق هذه الغاية، سواء كان هذا الانتقاد من قبل الدائن الذي يرى في التعويض الاتفاقي أنه غير كاف، أو من قبل الذي يدعي بأن التعويض مبالغ فيه، ويترتب على هذا نتيجتان هامتان هما:

1. التعويض الاتفاقي قبل كل شيء هو مجرد اتفاق بين المتعاقدين، وهذا يعني أنه يجب أن يتوافر في هذا الاتفاق الأحكام العامة الواجب توافرها في أي عقد حتى ينشأ صحيحاً من حيث أركانه من رضا ومحل وسبب[1]. والغالب أن يتم النص على التعويض الاتفاقي في

(1) الأهواني، حسام الدين: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، ج2، د.ت، 1996، ص41.

عقد الالتزام الأصلي، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الاتفاق عليه لاحقاً للعقد الأصلي[1].

وهذا ما نصت عليه المادة (1/364) من القانون المدني الأردني[2]، بقولها "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون".

ويشترط في التعويض الاتفاقي أن يتم الاتفاق عليه قبل إخلال المدين بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير من تنفيذه، لأنه إذا كان لاحقاً لهذا الإخلال فإنه يعتبر صلحاً لا تعويضاً اتفاقياً[3].

2. والنتيجة الثانية هي أن الاتفاق على التعويض الاتفاقي هو اتفاق على تقدير التعويض، وهذه النتيجة تعتمد بشكل أساسي على موقف كل نظام قانوني من التعويض الاتفاقي، فعلى الرغم من اتفاق الأنظمة القانونية على جواز اتفاق المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض المستحق عن الضرر الناتج عن الاخلال بالعقد، إلا أن هذه الأنظمة اختلفت في تحديد القوة القانونية لمثل هذا الاتفاق، وطالما أن الدراسة هنا مقتصرة على كل من النظام القانوني الأردني والمصري والفلسطيني، وكل مهما أعطى القاضي سلطة تعديل مقدار التعويض الاتفاقي[4]، فإن هذه الخاصية تشير إلى أن الهدف من التعويض الاتفاقي فقط هو تقدير حجم التعويض المستحق في حالة اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناتج عن العقد الذي أبرمه، وهذا ما حدا بالباحث إلى إطلاق اسم "التعويض الاتفاقي" على هذه الرسالة ذلك لأنه يرى أن التعويض الاتفاقي في هذه الأنظمة لا يهدف إلى عقاب الطرف المخل وإجباره على التنفيذ، لأن هذه هي مهمة القضاء واختصاصه.

---

(1) بلال، صدام رضا: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) وسلطة القاضي في تعديله في القانون المدني السوري والقانون المقارن، مجلة المحامون، مج68، ع1-6، 2003، ص256.

(2) وهي تقابل المادة 223، من القانون المدني المصري وكذلك المادة 240 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(3) سلطان، أنور: النظري العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق.

(4) تلافياً للتكرار فقد أرجأ الباحث دراسة هذا الموضوع لاحقاً.

المطلب الثاني: خاصية التبعية:

إن التعويض الاتفاقي لا ينشأ مستقلاً بل هو تابع لالتزام أصلي، الالتزام الأصـلي هـو ذلك الالتزام الذي يتعهد المدين بتنفيذه لمصلحة الدائن، وهذا الالتزام يقتضي تنفيذه عيناً، إذ ليس للدائن أن يطالب بالتعويض إذا كان بمقدور المدين تنفيذ الالتزام عيناً، بل له ألا يقبل به مـا دام التنفيذ العيني ممكناً، ذلك لأن التعويض الاتفاقي التزام ثانوي وتابع للالتزام الأصلي، فالتعويض الاتفاقي يجب أن يشير إلى وجود التزام أصلي، يهدف إلى ضمان تنفيذه[1].

فالمبدأ أن التعويض الاتفاقي تابع في تكوينه ومصيره للالتزام الأصلي، فلا يكـون لـه وجـود بدونه، ولا يبقى مبدئياً بعده، غير أن لهذا المبدأ استثناءات[2]، ويكـون البحـث بهـذا المبـدأ والاستثناءات كما يلي:

أولاً: المبدأ العام: التعويض الاتفاقي تابع للالتزام الأصلي:

كما سبق أن ذكرنا التعويض الاتفاقي لا وجود له بالاستقلال عن الالتزام الأصلي، فإذا لم ينشأ العقد الأصلي، أو لحق به البطلان، انعدم موضوع التعـويض الاتفـاقي وزال مفعولـه القانوني، وبناءاً على المبدأ السابق فإن جميع أوصاف الالتزام الأصلي من شرط وأجل وتضامن وما شابه ذلك تلحق بالتعويض الاتفاقي، وبالتالي يصبح التعويض الاتفاقي موصـوفاً بوصـف الالتزام الأصلي[3]. ويترتب على هذه الخاصية أي خاصية التبعية قاعـدتان، الأولـى: بطـلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان التعويض الاتفاقي، والثانية: بطلان التعويض الاتفاقي لا يـؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي، وسأقوم بشرح القاعدتين تباعاً.

---

(1) ناصيف، الياس: مرجع سابق، ص498.

(2) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مرجع سابق، ص86 وما بعدها.

(3) ناصيف، إلياس: مرجع سابق، ص50.

القاعدة الأولى: بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان التعويض الاتفاقي:

بداية لا يعتبر التعويض الاتفاقي هو السبب في استحقاق التعويض، وإنما سبب التعويض هو الإخلال بتنفيذ الالتزام الأصلي حسب ما هو متفق عليه، وبالتالي فإن التعويض الاتفاقي يبقى في حالة سكون لا تظهر أهميته إلا عند الإخلال بالالتزام الأصلي، وهذا يعني أن التعويض الاتفاقي لا يمكن للدائن أن يطالب به ما دام التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ممكناً[1]، إضافة إلى أن له الحق برفض قبول التعويض إن عرضه عليه المدين، ذلك لأن المدين ليس له أن يعرض على الدائن سوى التنفيذ العيني للالتزام الأصلي[2]، إذ أن التعويض الاتفاقي تابع للالتزام الأصلي يدور معه وجوداً وعدماً، فإذا حصل إخلال بالالتزام الأصلي فهنا للدائن المطالبة بقيمة التعويض الاتفاقي، ولكن هذه المطالبة مرهونة ببقاء الالتزام الأصلي صحيحاً، فمصير الأول مرتبط بمصير الثاني، ففي كل مرة يزول فيها الالتزام الأصلي يتلاشى فيها التعويض الاتفاقي، وبالتالي لا فائدة من المطالبة بالتعويض الاتفاقي بدون وجود الالتزام الأصلي، وعلى هذا الأساس فإن بطلان الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب البطلان، كإبرامه من غير ذي أهلية، أو كان المحل أو السبب فاقداً شرط من شروطهما، أو إذا لم تتوافر فيه الشكلية الذي يتطلبها القانون، أو لسقوطه بمرور الزمان، أو فسخة أو انفساخه، فإن كل ذلك يؤدي إلى بطلان التعويض الاتفاقي تبعاً لبطلان الالتزام الأصلي، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها بقولها "حيث إنه متى بطل الشيء بطل ما في ضمنه، فإن الشرط الجزائي الوارد في عقد بيع باطل يعتبر أيضاً باطلاً"[3]، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها أيضاً بقولها "الشرط الجزائي التزام تابع لالتزام الأصلي إذا هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد، سقط معه الشرط الجزائي،

(1)أبو السعود، رمضان: أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1994، ص115، الفضل، منذر، مرجع سابق، ص78.

(2) درادكة، فؤاد: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير في كلية الحقوق بالجامعة الأردنية، 1994، ص73.

(3) تمييز حقوق رقم 81/117، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1981، ص1473. وكذلك انظر في هذا المجال تمييز حقوق رقم 66/54 المنشور أيضاً في المجلة السابقة 1966، ص628.

ولا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره، وفقاً للقواعد العامة"[1].

وكذلك إذا سقط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة تنفيذه لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة، أو هلاك المحل أو ضياعه، فإن ذلك سيتتبع بالضرورة سقوط التعويض الاتفاقي[2].

القاعدة الثانية: بطلان التعويض الاتفاقي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي:

إن مبدأ التبعية الذي يتميز به التعويض الاتفاقي يقضي بألا يكون لبطلانه أي أثر على الالتزام الأصلي، لأنه يعتبر عنصراً من عناصره ومتمماً له، أي أن العلاقة بينهما علاقة التابع بالمتبوع، وهذا يقضي بأن يبقى الالتزام الأصلي ويستمر بدون تابعه وهو التعويض الاتفاقي، ويصبح المتعاقدان في هذه الحالة في حل من التعويض الاتفاقي، كما لو أنهم لم يتوقعوا حجم الضرر الذي كان سينتج من جراء عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، فلا يحتاطون بالتعويض الاتفاقي، فيستعيد القانون العام سلطاته وتقوم المحاكم بدورها في تحديد مقدار التعويض وفق القواعد العامة دون الالتفات إلى مقدار التعويض الاتفاقي الذي لحقه البطلان[3]، ذلك لأن التعويض الاتفاقي كما سبق أن ذكرت يعتبر اتفاق عقدي وبالتالي تسري عليه أحكام النظرية العامة للعقود، فيلحقه البطلان، إذا توافر سبب من أسباب البطلان.

ومن الأمثلة على بطلان التعويض الاتفاقي: أن ينص التعويض الاتفاقي على أن يصبح المال المرهون ملكاً للدائن بمجرد عدم قيام المدين بوفاء الدين في ميعاده، إذ أن القانون يحرم مثل هذا الاتفاق، وبالتالي فإن بطلان التعويض الاتفاقي في هذا المثال لا يؤثر في التزام المدين

---

(1) نقض 1991/4/1، الطعن المنشور لدى أحمد، إبراهيم سيد، 2328، التعويض الاتفاقي فقهاً وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، 2005، ص94.

(2) ومن الجدير بالذكر في هذا المجال بأن الاتفاق على خلاف هذا الحكم يعتبر صحيحاً باعتباره شرطاً من شروط التشديد من المسؤولية، يقصد منه تحميل المدين تبعته الحادث الفجائي، انظر في هذا المجال يكن، زهدي: المرجع السابق، ص63.

(3) السنهوري، عبد الرزاق: النظرية العامة للالتزام، ج2، مرجع سابق، ص863، ناصيف، الياس: مرجع سابق، ص65-66.

بالدين الأصلي[1]. ومثال ذلك أيضاً أن يشترط الدائن أخذ شخص المدين أو أحد أبنائـه رهينـة عند حلول أجل الوفاء بالالتزام، وعدم الدفع، فمثل هذا الشرط يعتبر أيضاً باطلاً لمخالفته النظام العام، ويبقى الالتزام الأصلي صحيحاً[2]،وكذلك يمكن اعتبار التعويض الاتفاقي باطلاً إذا كـان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بحيث لا يمكن اعتباره مجرد تعويض كأن يفرض صـاحب العمـل على العامل بموجب اتفاق عدم المنافسة تعويضاً اتفاقياً يثقل فيه كاهل العامل لكونه مبالغاً فيـه إلى درجة كبيرة، إذا ما قام العامل بمنافسته وذلك لاجباره أن يبقى في خدمة صـاحب العمـل، فمثل هذا التعويض يعتبر باطلاً[3]، وهذا ما أكدته المادة 819 من القانون المـدني الأردنـي[4]، بقولها "إذا اتفق الطرفان على تضمين العامل في حالة الاخلال بالامتناع عن المنافسة تـضميناً مبالغاً فيه بقصد اجباره على البقاء لدى صاحب العمل كان الشرط غير صحيح".

ثانياً: الاستثناءات على مبدأ بطلان الالتزام الأصلي يرتب بطلان التعويض الاتفاقي:

يرد على مبدأ بطلان التعويض الاتفاقي تبعاً لبطلان الالتزام الأصلي عـدة اسـتثناءات هي:

أولاً: الاشتراط لمصلحة الغير:

الأصل في العقود أن أثارها تنحصر بين أطرافها والخاف العام، وبالتالي لا تنـصرف إلى الغير سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ذلك لأنه ليس منطقياً أن يصبح شخص دائناً أو مديناً بغير إرادته، وهذا ما أكدته ونصت عليه المادة 206 من القانون المدني الأردني[5]، بقولها "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث مـا لـم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام"، وكذلك نصت محكمة النقض المصرية على ذلك في أحد قراراتها بقولها "إن أثر العقـد قاصـر

---

(1) مرقس، سليمان: مرجع سابق، ص140.

(2) درادكة، فؤاد صالح، مرجع سابق، ص78.

(3) موقع الكتروني: www.uluminisania.net، السنة الثالثة، ع24، 2005.

(4) تقابل المادة 687، م.م. والمادة (152) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(5) نقض 2001/6/15، الطعن 10142 لسنة 64ق، المنشور لدى أحمد، إبراهيم، سيد: مرجع سابق، ص89.

على طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائن في الحدود التي بينها القانون ومن ثم لا ينصرف أثره إلى الغير ولو كان تابعاً لأحد المتعاقدين". ولكن تأتي حالة الاشتراط لمصلحة الغير[1]، لتكون استثناء على اقتصار أثر العقد بين عاقديه، وبالتالي يمكن أن تنصرف آثار العقد إلى شخص أجنبي عن العقد بوصف الاشتراط لمصلحة الغير، فتعود المنفعة من تنفيذ العقد لمصلحة شخص ثالث (المستفيد) الذي لم يشترك في إنشاء العقد. ومثالها ما يرد في عقود التأمين، أما المشترط فيجب أن تتوافر له مصلحة مادية أو أدبية من وراء عقد الاشتراط، فإذا لم تتوافر هذه المصلحة فإن العقد يكون باطلاً، ولكن يرى بعض الفقهاء القانونيين أن وجود التعويض الاتفاقي في عقد الاشتراط لمصلحة الغير يبعث للمشترك المصلحة التي تلزمه لإكساب العقد الصفة الشرعية التي لولاها لكان العقد باطلاً، وهذه المصلحة هي التي يستطيع من خلالها المشترط مراقبة تنفيذ العقد، وإقامة الدعوى القضائية في حال نكول المدين عن تنفيذ التزاماته[2].

ثانياً: بيع ملك الغير:

المقصود ببيع ملك الغير: أن يبيع شخص عيناً معينة بالذات ليست مملوكة لشخص آخر، ويسمى الشخص البائع بالفضولي، وبالنسبة لهذا البيع فهو يعتبر حسب القانون المدني الأردني بيعاً موقوفاً، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها "إن الشراء الذي يتم من فضولي لا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، بل يعتبر عقداً موقوفاً على إجازة ذي المصلحة"[3].

---

(1) ويقصد بالاشتراط لمصلحة الغير أنه "عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين، ويسمى (المشترط) على طرف آخر ويسمى (المتعهد) التزاماً لمصلحته شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى (المنتفع) بحيث ينشأ لهذا الأخير بمقتضى هذا العقد حق مباشر قبل المتعهد". سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، ج1، ط7، منشورات جامعة دمشق، 1992-1993، ص300.

(2) العدوي، جلال علي: المرجع السابق، ص142، السنهوري عبد الرزاق: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام (نظرية العقد) المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات، لبنان، بيروت، 1934، ص887-880، ناصيف، الياس، مرجع سابق، ص67.

(3) تمييز حقوق رقم 81/316، مجلة نقابة المحامين، 982، ص27، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج5، القسم الأول، ص394.

والعقد الموقوف في حالة بيع ملك الغير يكون موقوفاً علـى إقـرار المالـك الحقيقـي للمبيع[1]، فإذا أقره نفذ العقد وأصبح صحيحاً مرتباً لكافة أثاره، وإذا لـم يقـره فيعتبـر عقـداً باطلاً[2]، ولا يكون بوسع المشتري في هذه الحالة إلا الرجوع على الفضولي بالتعويض، ومـا دام أن التعويض متفق عليه فإنه يتم الأخذ به مع بطلان الالتزام الأصلي.

هذا في النظام القانوني الأردني، أما حسب القانون المدني المصري ومشروع القـانون المدني الفلسطيني، فإن كلاهما يعتبر بيع ملك الغير قابلاً للإبطال، فيعتبر هنـا العقـد سـاري المفعول ومرتباً لجميع أثاره إلى أن يبطله من له الحق في إبطاله وهو المالك الحقيقي الذي لـه إجازته أو عدم إجازته[3]، فإذا أجاز نفذ وإذا لم يجزه بطل، وبالتالي فإن هـذا الـبطلان يفـتح المجال للتعويض، وما دام التعويض الاتفاقي في مثل هذه الحالـة مـا هـو إلا تحديـد لقيمـة التعويض، فيعتبر صحيحاً أيضا بالرغم من بطلان الالتزام الأصلي، ولكن من الجدير بالذكر أن ما ذكر سابقاً بالنسبة للعقود الشكلية فإنه يعتبر باطلاً ولا يرتب أثراً وبالتالي يعتبـر التعـويض الاتفاقي باطلاً.

ثالثاً: التعهد عن الغير:

نصت المادة 209 من القانون المدني الأردني[4] على هذا التعهد بقولهـا "1. إذا تعهـد شخص بأن يجعل الغير ملتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخاص من التعويض بأن يقـوم هـو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، 2. أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الـذي صدر فيه التعهد".

---

(1) كامل، رمضان جمال: أحكام بيع ملك الغير، ط4، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، 1998، ص69.

(2) سلطان، أنور: مرجع سابق، ص165.

(3) وهذا ما أكدته المادة 466، م.م.م. بقولها "بيع ملك الغير ليس باطلاً بطلاناً أصلياً بل أن القانون نص على صحته إذا أجازه المالك".

(4) وهي تقابل نص المادة 153 من القانون المدني المصري، ونص المادة 155 عن مشروع القانون المدني الفلسطيني.

يتضح من النص أعلاه أن المقصود من التعهد عن الغير هو أن يتعهد شخص بموجب عقد بأن يحمل شخصاً آخر على إبرام عقد ما، فإذا رفض هذا الشخص العقد الذي يسمى المتعهد عنه أن يلتزم بهذا العقد فإن المتعهد يعتبر مقصراً ويلزم بالتعويض تجاه من تعاقد معه، ذلك لأن التزامه هنا يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة[1]. وبالتالي فإذا تضمن العقد تعويضاً اتفاقياً فإن هذا التعويض يسري بينهما على الرغم من أن العقد الذي تم التعهد لأجله لم ينعقد.

إلا أنه لا بد من الإشارة هنا إلى أن هذا التعهد يحتوي في مضمونه على عقدين، الأول وهو العقد الذي تم بين المتعهد والمتعهد له، والمتمثل بحمل المتعهد عنه على التعاقد، والثاني هو العقد الذي سوف ينعقد بين المتعهد له وعنه إذا أقر هذا الأخير للوعد الصادر من الشخص المتعهد، فإذا لم يقره لا ينعقد العقد، وبالتالي فإن التعويض الاتفاقي استحق بسبب فشل المتعهد بحمل المتعهد عنه على إبرام العقد أي نتيجة الإخلال بالعقد الأول الصحيح وليس بقيمة العقد الثاني الذي لم يكتمل، وبالتالي فإن التعويض الاتفاقي هنا يعتبر استثناء عن القاعدة القائلة بأن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان التعويض الاتفاقي.

(1) سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط2، المكتب القانوني، 1998، ص206.

الفصل الثاني

شروط استحقاق التعويض الاتفاقي ونطاق تطبيقه

الفصل الثاني

شروط استحقاق التعويض الاتفاقي ونطاق تطبيقه

في البداية وقبل التطرق إلى شروط استحقاق التعويض يجـب معرفـة أن التعـويض الاتفاقي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، فهو مجرد اتفاق لتقدير التعـويض المـستحق، فالتعويض ينشأ عن مصدر آخر، قد يكون التعاقد في بعض الاحيان وقد يكـون العمـل غيـر المشروع (الفعل الضار) في أحيان أخرى، فلا بد إذن لاستحقاق التعويض بشكل عام والتعويض الاتفاقي بشكل خاص من اجتماع شروط معينة وهي الخطأ (عدم التنفيـذ) والـضرر والعلاقـة السببية بينهما وكذلك الأعذار الموجه من الدائن إلى المدين[1].

وتأسيساً على ما تقدم سيكون البحث في هذا الفصل في مبحثين على التوالي:

المبحث الأول: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق التعويض الاتفاقي.

المبحث الأول

شروط استحقاق التعويض الاتفاقي

لكي يتم الحكم بالتعويض الاتفاقي لا بد من توافر شروط أو أركان معينة وهي الخطـأ والضرر والعلاقة السببية وهذه هي ذات الأركان الواجب توافرها للحكم بالمـسؤولية العقديـة، وحقيقة أن هذه الشروط قد أخذت بها محكمة النقض المصرية في احدى قرراتها والذي ورد فيه ما يلي: "إن التعويض الاتفاقي حكمه في ذلك حكم التعويض القضائي لا يجوز القضاء به إلا إذا توافرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية طبقاً للقواعد العامة، قصارى ما فـي الأمر إن الاتفاق مقدماً على قيمة التعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي تنفيذاً أو تأخيراً يجعل

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، ص573.

الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن باثباته"[1]. وقد اشترط القانون إضافة إلى ذلك ركن رابع ألا وهو الأعذار الموجه من الدائن إلى المدين[2]، لذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: يتم دراسة الأركان العامة للحكم بالتعويض في المطلب الأول، ويتم تخصيص الثاني لدراسة شرط الأعذار.

المطلب الأول: الأركان العامة للحكم بالتعويض:

أولاً: ركن الخطأ "يمكن القول بأن الخطأ العقدي هو انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته"[3]، ومعيار هذا الانحراف هو مجافاة مسلك الشخص العادي أو ما يسمى برب الأسرة المعني بأمور نفسه، وهذا ما نصت عليه المادة (358) في الفقرة الاولى من القانون المدني الأردني بقولها "إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك"[4].

وفكرة الشخص العادي الواردة في النص هي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الشخص العادي الذي يمثل طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين، فإذا كان المدين طبيباً مثلاً، فيقارن مسلكه، لمعرفة ما إذا قد ارتكب خطأ، بمسلك الطبيب العادي إذا وجد مثل ظروفه، فهذا الشخص ليس هو خارق الذكاء شديد اليقظة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة[5].

---

(1) طعون أرقام 01859، 2444، 2447، سنة 70م، جلسة 2001/6/12، المنشور لدى أحمد، إبراهيم سيد: التعويض الاتفاقي، مرجع سابق، ص176.

(2) سوف يكتفي الباحث بمعالجة شروط استحقاق التعويض الاتفاقي في إطار المسؤولية العقدية، دون التعرض لما في إطار المسؤولية التقصيرية، إلا إذا اقتضت الضرورة العلمية ذلك.

(3) وهي تقابل المادة 1/211 ق.م.م وتقارب المادة 1/234 من المشروع.

(4) سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)، ط2، المكتب الفني، 1998، ص262.

(5) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص884.

والخطأ يكون مفترضاً في جانب المدين في المسؤولية العقدية، إذا لم يقم بتنفيذ التزامه كليـة او لجزء منه، أو تنفيذه معيباً أو تأخيره في التنفيذ، ولا يستطيع المدين أن ينفي هذا الخطـأ إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي، وهذا ما نصت عليها المادة (448) من القانون المـدني الأردنـي بقولها "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد لـه فيه"[1].

لقد نصت المادة (261) ق.م.أ على السبب الأجنبي بقولها "إذا أثبت الشخص أن الضرر نـشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطـأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غيـر ذلـك"[2]. والمقـصود بالسبب الأجنبي كل فعل أو حادث معين لا ينسب إلى المدعى عليه (الفاعل) ويكون هو الـسبب في إحداث الضرر ويترتب عليه انتفاء مسؤولية المدعى عليه جزئياً أو كلياً[3].

ويمكن القول أن الأسباب الأجنبية التي ذكرتها المادة السابقة واردة على سبيل المثال لا الحصر وأن من الممكن أن تضاف إليها حالات تتوفر فيها شروط السبب الأجنبي وهذه الـشروط هـي استحالة رفع الضرر، فالمدعى عليه لم يتمكن من مقاومة الضرر الحاصل وللقاضـي الـسلطة التقديرية في ذلك، وكذلك انتفاء الأسناد بأن يكون خارجاً عن إرادة المدعى عليه، وإلا لا يمكن

---

(1) وهي تقابل المادة (373) ق.م.م، و المادة (237) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(2) وهب تقابل المادة (165) ق. م. أ.

(3) مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص477. سوار، محمد وحيد الدين: النظرية العامـة للالتزام، مرجع سابق، ص384.

اسناده إليه قطعاً[1]. ويعتبر من صور السبب الأجنبي القوة القاهرة والحادث الفجـائي[2]، فعـل الغير[3]، فعل المتضرر[4].

ولمعرفة مدى توافر الخطأ العقدي من عدمه تم التفرقة بين الالتزامات بتحقيـق نتيجـة والالتزامات ببذل عناية[5]، ففي النوع الاول يعتبر المدين مقصراً في تنفيذ التزامه إذا لم يحقـق الغاية أو النتيجة المرجوة منه قانوناً أو اتفاقاً، فإذا كان المدين ملتزماً بنقل الملكيـة أو بتوريـد كمية معينة من سلعة معينة، أو كان ملتزماً بامتناع عن عمل معين، كان المدين مخلاً بالتزامـه ومرتكباً لخطأ عقدي إذا لم يحقق النتيجة المتمثلة بنقل الملكية أو تسليم السلعة أو قام بالعمل الذي التزم بالامتناع عن عمله[6].

أما في الالتزام ببذل عناية، فلا يلتزم المدين بتحقيق نتيجة معينة، وإنما يقتصر التزامـه على بذل جهد معين لكي تتحقق نتيجة معينة، فيكون محل الالتزام هوبذل هذه العنايـة ولـيس تحقيق نتيجة، فإذا قصر المدين من بذل تلك العناية اعتبر مقصراً أو مرتكبـاً للخطـأ العقـدي

---

(1) الفضل، منذر: النظرية العامة، مرجع سابق، ص461.

(2) ويقصد بالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي: هو ذلك الحادث الذي ليس بالإمكان عادة توقعه، ولا بالمستطاع دفعـه أو تلافيه، ويكون بمصدره خارجياً عن المدعي عليه، والذي يلاحظ من هذا التعريف أن هناك شرطان يجب توافرها في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وهما عدم التوقع، واستحالة الدفع، لمزيد من المعلومات انظر: سعد، نبيل إبـراهيم: النظريـة العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص454. وما بعدها. وكذلك عدوي، مصطفى عبد الحميد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، مطبعة حمادة الحديثة، 1996، ص567.

(3) أما خطأ الغير فيقصد به الأجنبي عن المضرور أو المدعى عليه والأشخاص الذين يسأل عنهم تابيعـه والمـسؤولين برقابته، فإذا استطاع المدعى عليه إثبات أن الضرر كان ناجماً عن خطأ الغير بالمعنى المتقدم، اعتبر ذلك سـبباً أجنبيـاً يعفيه عن المسؤولية، انظر في هذا المجال عدوي، مصطفى عبد الحميد: مرجع سابق، ص573. وكذلك مرقس، سليمان: موجز أصول الالتزامات، مرجع سابق، ص416.

(4) خطأ المتضرر: إذا أثبت المدعى عليه في دعوى المسؤولية أن المضرور قد تسبب بخطئه في حدوث الضرر الـذي أصابه، فقد أثبت أن للضرر سبباً أجنبياً غير الخطأ الذي وقع منه هو. فمن يلقي بنفسه من شرفة منزله قاصداً الانتحـار، فيسقط فوق احدى السيارات التي تصادف وقوفها فأصيب بإصابات جسيمة، ليس له أن يطالب مالكها بالتعويض، إذ هـو الذي عرض نفسه باختياره لخطر الاصابة وكان فعله وحده هو سبب الضرر الذي لحقه، انظر في هذا المجال، مـرقس، سليمان، مرجع سابق، ص414. عدوي، مصطفى عبد الحميد: مرجع سابق، ص570 وما بعدها. سعد، نبيـل إبـراهيم: مرجع سابق، ص458 وما بعدها.

(5) سوار، محمد وحيد الدين: النظرية العامة للالتزام، ج1، المطبعة الجديدة، سوريا، دمشق، 1978، ص373. الشرقاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص433.

(6) أبو السعود، رمضان: مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص235.

الموجب للمسؤولية. مثال ذلك التزام الطبيب بمعالجة المريض، فهو لا يضمن تحقق الشفاء (النتيجة) وإنما يلتزم ببذل عنايته نحو تحقق الشفاء، فإذا قصر في العلاج عد مسؤولاً أما إذا بذل عنايته ولم يتحقق الشفاء مع ذلك فلا يعد مسؤولاً، وكذلك بالنسبة للمحامي فإن التزامه بالدفاع عن موكله، يقتضي منه أن يبذل ما تفرضه عليه مهنته من عناية، فإذا بذل ذلك فلا يسأل عن كسب القضية وإذا لم يبذل ذلك فيكون مسؤولاً أمام موكله بسبب ما ارتكبه من خطأ[1].

بعد التعرف إلى ركن الخطأ وتحديد المقصود به، يجب توضيح مسألة إثبات الخطأ العقدي فالمسؤولية العقدية لا تقوم لمجرد عدم التنفيذ بل يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين، ونسبة واقعة عدم التنفيذ إلى خطأ المدين وهي بيت القصيد في مشكلة إثبات الخطأ العقدي، وتتمثل هذه المشكلة بما يلي: هل الدائن ملزم بإثبات عدم تنفيذ الالتزام ونسبة هذه الواقعة إلى خطأ المدين؟ أم يكفي أن يثبت عدم التنفيذ فقط وبالتالي يكون الخطأ مفترض في جانب المدين، ويكون على هذا الأخير إذا أراد أن ينفي مسؤوليته أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي؟

إنه باستعراض نصوص للقانون المدني الأردني وكذلك القانون المدني المصري والمشروع الفلسطيني، يتعين وجوب التفرقة في هذا الموضوع بين الالتزام بتحقيق نتيجة وبين الالتزام ببذل عناية، فالبنسبة للشكل الأول يكفي أن يثبت الدائن عدم قيام المدين بتنفيذ ما التزم به، أي يكفي أن يثبت عدم تحقق النتيجة ففي عقد النقل مثلاً يكفي أن يثبت الدائن أو المرسل إليه (العميل) عدم وصول البضاعة المتفق عليها في الموعد المحدد مع أمين النقل، فإذا أثبت الدائن ذلك فيفترض وقوع الخطأ من جانب المدين، وإذا أراد هذا الأخير نفي مسؤوليته ينبغي عليه إقامة الدليل على قيام السبب الأجنبي[2].

---

(1) المرجع السابق، ص236. أبو ملوح، موسى سلمان: شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني، مصادر الالتزام، ط1، 2002، ص248.

(2) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص264. الجمال، مصطفى، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، 1987، ص242.

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها بقولها "إن قيام المـؤجر بمنـع المستأجر من الانتفاع بالمأجور أثناء سريان الأجارة بقوة القانون يرتب الضمان على المـؤجر بالمسؤولية العقدية"[1].

أما فيما يتعلق بالشكل الثاني المتمثل ببذل عناية، فعلى الدائن أن يثبت ان المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبة، فلا يكفي منه اثبات عدم التنفيذ فقط، والمدين في هذه الحالـة إذا أراد مسؤوليته فعليه اثبات وجود السبب الأجنبي أيضاً[2]. ولكن هناك من نادى بعدم اعطاء المدين فرصة إثبات السبب الأجنبي ليتخلص من المسؤولية[3]، وذلك لأن الواضح أن عدم بـذل العناية لا يتصور أن يكون راجعاً إلى سبب أجنبي، وإنما هو بالضرورة إهمال المدين، وبالتالي فإن مجرد قيام الدائن بإثبات عدم التنفيذ في هذه الحالة يكفي لإثبات عدم قيام المدين بذل العناية المطلوبة على نحو قاطع لا يكون لهذا المدين معه أن يتخلص من هذه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي.

ومن الجدير بالذكر في هذا المجال أن المشرع قد يستبدل في بعض الحـالات المعيـار العام في العناية –أي عناية الرجل المعتاد- بمعيار خاص يشدد أو يخفف فـي مقـدار العنايـة المطلوبة، وذلك نزولاً على اتفاق المتعاقدين او على نص خاص في القانون، فمن الأمثلة علـى تشديد مقدار العناية كما في عناية المستعير فيطلب منه عناية تفوق عناية الشخص المعتاد، أمـا بالنسبة لتخفيف العناية فمن الامثلة عليها، العناية المطلوبة من المودع لديه بدون أجر أو الوكيل بدون أجر تكون العناية المطلوبة منه أقل من المعتاد، وهذا معيار شخصي للخطأ[4].

(1) تمييز حقوق رقم 983/426، 1984، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية، ج5، ق2. ص1045.

(2) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص264 وما بعدها.

(3) الجمال، مصطفى، مرجع سابق، ص245.

(4) سلطان، أنور، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص264.

الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الأشياء:

من الواضع كما سبق شرحه أن أساس المسؤولية العقدية هو ما يلحق الدائن من ضـرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبالتالي استحقاق التعويض الاتفاقي، لكن قد يحدث ان يتـدخل شيء في إحداث هذا الضرر، كما لو أصيب مسافر من حادث تصادم سيارة أو طائرة، فهنا تقوم مسؤولية أمين النقل، وهي مسؤولية عقدية لا تقصيرية لوجود عقد بينه وبين الشخص المسافر، ويكون أساس هذه المسؤولية ليس فعل أمين النقل الشخصي بل فعل شيء، وليس لهذه المسؤولية قواعد خاصة منفصلة عن القواعد التي تحكم المسؤولية عن الخطأ الشخصي، ولهـذا تطبـق عليها أحكام المسؤولية العقدية، وبناء على ذلك فإن الخطأ هنا يعد فعلاً شخصياً للمدين يلزمـه بالتعويض[1].

الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير:

يعتبر الوضع الطبيعي لمسؤولية المدين عن الخطأ الناتج عن فعـل الغيـر، أن يكلـف المدين هذا الغير ليحل محله حلولاً صحيحاً في تنفيذ التزامه، ويكون الدائن قد أذنه في ذلك، أو كان التكليف آتٍ من القانون كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية الصغير أو المحجور عليه عن خطأ الولي أو الوصي أو القيم في تنفيذ العقود التي تم عقدها لحساب هؤلاء، وبالتالي يتحمل المـدين مسؤولية الخطأ الذي يرتكبه هذا الغير وهذه تسمى المسؤولية عن فعل الغير[2].

والملاحظ من استعراض نصوص كل من القانون المـدني الأردنـي والمـصري وكـذلك المشروع الفلسطيني لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر مسؤولية العاقد عن فعل الغير، إلا أنـه يوجد في القانون المصري نص يقررها بطريق غير مباشر، حيث ورد نص المـادة 2/217[3]

(1) الأهواني، حسام الدين كامل: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط2، ج1، 1995، ص631، وما بعدها. سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص268. أبو السعود، رمضان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص239.

(2) السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص905، وما بعدها. سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص266.

(3) حيث جاء النص كما يلي "ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من اتباعه بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو ضرر مبني على سبب قانوني من أي مستأجر آخر أو من أي شيء تلقى الحق عن المؤجر".

كما يلي "وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يـشترط عـدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي وقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"[(1)]. إن هذا النص خاص بتعديل قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير، إذ لا يتـصور تطبيقـه إلا إذا كانت القاعدة العامة هي مسؤولية المدين مسؤولية عقدية عن خطأ من يـستخدمهم فـي تنفيـذ التزامه، أعمالاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الأردني فقد قرر المسؤولية عن فعل الغير بطريق غير مباشر كما جاء في نـص المـادة 2/684 مـن القانون المدني الأردني وكذلك نص المادة 798[(2)]، لكن حتى يتم تطبيق المسؤولية عـن فعـل الغير يشترط توافر الشروط التالية[(3)]:

1. أن يكون ثمة عقد بين المدين وهو المسؤول وبين الدائن وهو المتـضرر، ويجـب أن يكون هذا العقد صحيحاً، لأنه إذا كان باطلاً، فإنه يترتب على ذلك زواله بأثر رجعـي، وبالتالي نكون بصدد مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية.

2. أن يكلف المدين غيره بتنفيذ التزامه سواء بناء على نص القانون أو بناء على اتفاق مع الدائن، كما سبق أن ذكرنا، وهذا ما يعرف بالنيابة عـن الغيـر وقـد أكدتـه محكمـة الاستئناف الفلسطينية بقولها "النيابة عن الغير إما أن تكون بمقتـضى عقـد أو بـنص القانون"[(4)].

3. أن يكون هذا الغير قد ارتكب خطأ عقدياً في تنفيذ الالتزام الذي كلفه المدين بتنفيذه.

---

(1) تقارب هذه المادة، نص المادة 1/238 من المشروع.

(2) وقد نصت على ما يلي "1. يجوز للمقاول أن يكلل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه شـرط فـي العقد أو لم تكن طبيعة الالتزام تقتضي أن يقوم به بنفسه، 2. وتبقى مسؤولية المقاول قائمة قبل صاحب العمل".

(3) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص467. سور، محمد وحيد الدين: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص376.

(4) استئناف حقوق رقم 87/272. مشار إليه لدى عواد، نصري إبراهيم: مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف برام ا في الدعاوي الحقوقية لعام 1987، ج1، ص330.

ومن الجدير بالذكر أنه قد يتوقف مقدار التعويض على تحديد نوع الخطأ الذي ارتكبه المدين، ومن ثم يجد الدائن نفسه مضطراً إلى اثبات نوع الخطأ الذي ينسب إلى المدين، وهذا يقودنا إلى بيان أنواع الخطأ.

أنواع الخطأ:

1. الخطأ العمدي القصدي أو الغش:

المقصود بالغش هنا هو خطأ المدين المتعمد في تنفيذ العقد، ويختلف الغش عن الأخطاء العادية كالإهمال، فإذا كان القانون يجيز في بعض الحالات الحد من مسؤولية المدين (وكذلك الاتفاق) فإن هذا الحد لا ينتج أثره في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه عمداً أو غشاً، وكذلك إذا وجد تأمين يغطي مسؤولية المدين، فإن هذا التأمين لا يغطي نتائج المسؤولية في حالة الخطأ العمدي أو الغش، وكذلك إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وكذلك لا يستحق العامل تعويضاً عن إصابة العمل إذا نتجت عن خطأ متعمد منه[1].

2. الخطأ غير العمدي الجسيم:

أحياناً يكون الخطأ غير متعمد لكنه يصل إلى حد من الجسامة، لدرجة أنه يمكن أن يوصف بالخطأ الجسيم وهذا الخطأ الجسيم لا يصدر من أقل الناس حيطة وحذراً وتبصراً[2].

ويأخذ الخطأ غير العمدي الجسيم حكم الخطأ العمدي، وهذا ما أخذ به المشرع في نص المادة 2/217 من القانون المدني السابق الذكر، وكذلك ما قضى به من مسؤولية المتعاقد عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة التي تنشأ عن عدم تنفيذ العقد متى كان قد تعمد عدم التنفيذ أو أخطأ خطأ جسيماً.

---

(1) أبو السعود، رمضان: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص236. فارس، سامر تيسير جميل: مرجع سابق، ص48-49.

(2) أبو السعود، رمضان: مرجع سابق، ص49.

مما سبق نلاحظ أن الخطا العقدي بجميع صوره وأشكاله يعد اخلالاً بمـا اتفـق عليـه المتعاقدان في العقد المبرم بينها، ذلك لأن المقصود من العقد بالنسبة للمتعاقدين هو تحقيق مآرب مالية من هذا العقد.

ثانياً: ركن الضرر:

يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية العقديـة، والـذي بموجبـه يـستحق التعويض بشكل عام، فالدائن حتى يستحق التعويض الاتفاقي يجب ان يلحق به ضرراً من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فإذا أخلّ المدين بالتزامه، دون ضرر يصيب الدائن، فلا يسأل المدين عن التعويض، كما لو تأخر المدين عن تسليم الدائن السيارة التي سيشارك بها في السباق، وتبين بعد ذلك تأجيل هذا السباق، فالدائن في هذه الحالة لم يلحق به ضرر من جراء هذا التأخير[1].

ويعرف الفقه الضرر على إنه "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو فـي مصلحة مشروعة سواء كان لذلك الحق أو لتلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن"[2].

وبالنتيجة من خلال ما سبق بيانه فإن أي إخلال من قبل المدين في تنفيذ التزامه وإصابة الـدائن بضرر من جراء هذا الإخلال، يقع على عاتق المدين تعويض الدائن عن هذا الضرر، لكن مـا هي عناصر الضرر؟ وهل يعوض عن الضرر الأدبي؟

1. عناصر الضرر:

تقضي القاعدة العامة بأن التعويض إذا لم يكن متفقاً عليه بـين المتعاقـدين (التعـويض الاتفاقي) فإن المحكمة تقوم بتقديره واضعة باعتبارها ما لحق الدائن من خسارة وما فاتـه مـن كسب، شريطة أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر فـي التنفيـذ، أي يكون التعويض عن الضرر المباشر الذي نجم عن عدم الوفاء لأن الضرر المباشر هو النتيجـة

(1) دواس، أمين: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص211. سعد، نبيل، إبراهيم: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص299.

(2) أبو السعود، رمضان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص240. الفضل، منذر: النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص300.

الطبيعية لعدم الوفاء، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وفي الالتزام الذي يكون مصدره العقد يلزم المدين بالتعويض عن الضرر الـذي كـان يمكنه أن يتوقعه وقت التعاقد، باستثناء حالة الغش أو الخطأ الجسيم، فإن المدين في هذه الحالـة يعتبر مسؤولاً عن الضرر المتوقع والربح الفائت كما في المسؤولية التقصيرية(1). ومثال ذلك لو أرسل البائع البضائع المتفق عليها مخالفة للمواصفات المتفق عليها إلى المشتري، بحيث لا تلبي رغبة المشتري فالتعويض هنا يشمل الثمن الـذي أداه البـائع للمـشتري للبـضائع المغـايرة للمواصفات. وكذلك يستحق تعويضاً عن الربح الذي كان سيجنيه من وراء بيعها، هذه القاعـدة أخذ بها كل في المشرع المصري من المادة 221 من القانون المدني وكذلك المشروع الفلسطيني في المادة 239 من المشروع، وقد طبقت محكمة النقض المصرية القاعدة السابقة في العديد من قراراتها حيث جاء في أحدها أن "المدين في المـسؤولية العقديـة يلـزم طبقـاً لـنص المـادة (2.1/221) من القانون المدني بتعويض الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقـد، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وهذا الضرر الموجب للتعويض هـو مـا كان محققاً، بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً، وكان يبـين مـن الحكم المطعون فيه أنه وهو بسبيل تقدير ما يتسحقه المطعون عليه من تعويض اتبـع المعـايير المترتبة على اخلال المدين بالتزاماته التعاقدية، فقضى للمطعون عليه بالتعويض عن الأضـرار المادية والمعنوية التي لحقت به والتي محل لمساءلة الطاعنة عنها بعد أن استبعد الحكم وقـوع غش أو خطأ جسيم منها في تنفيذ العقد في استخلاص الضرر"(2).

أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد خالف القاعدة السابقة، فهـو يعتـد فقـط فـي مجـال المسؤولية العقدية بالضرر المتمثل بالخسارة اللاحقة دون الربح الفائت، وهذا واضح من نـص المادة 363 من القانون المدني التي نصت على ذلك بقولها "إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون

(1) العطار، عبد الناصر توفيق: مصادر الالتزام، د.ت، ص152. فرج، توفيق حسن: النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام (مقارنة بين القوانين العربية)، الدار الجامعية، 1988، ص310.

(2) طعن رقم 1556 56ق، جلسة 1989/3/26، المنشور لدى طلبة، أنور: المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية، ج1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005، ص291، كذلك انظر في هذا المجال، الطعن رقم 3956 لسنة 68ق. جلسته 2000/5/28 المنشور لدى أحمد، إبراهيم سيد، مرجع سابق، ص156.

أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه"، وعليه إذا تعاقد أمين نقل على نقل جواد للمشاركة في سباق معين، وتأخر هذا الناقل في ذلك، وترتب على هذا التأخر عدم اشتراك الجواد في السباق مما أدى إلى ضياع فرصة كسب الجائزة على صاحبه، فإن التعويض هنا فقط يتمثل بالخسارة اللاحقة بصاحب الجواد من جراء مصاريف النقل دون الربح الفائت المتمثل بالجائزة، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في العديد من قراراتها ومنها "وحيث أن الأضرار التي لحقت بصاحب العمل نتيجة مخالفة المقاول لأصول الصنعة وذلك حين وقوعها وحسب ما بينه الخبراء تتمثل في ثمن المواد المستعملة في البناء الذي تقرر إزالته وطالما أن العقد الموقع من الطرفين لم يتضمن الإشارة إلى مقدار التعويض عن آية أضرار أخرى في حال وقوعها فإن الزام المدعى عليه بقيمة الأضرار الواقعة فعلاً وعدم الحكم للمدعي بأجر مثل البناء المتعاقد على إنشائه في محله وموافق للقانون"[1].

2. شمول التعويض للضرر الأدبي:

يمتد التعويض ليشمل التعويض عن الضرر الأدبي، وهو ذلك الضرر الذي قد يلحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي فيلحق به أذى في النواحي المعنوية كالعاطفة والكرامة والشرف والاعتبارات الاجتماعية والسمعة والحرية، فالناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي، ولكن من المحقق أن يصيبه بضرر أدبي، وكذلك الطبيب الذي يذيع سراً عن المريض لا يجوز إذاعته فهنا يصاب المريض بضرر أدبي في سمعته[2].

وإذا كان الاجماع منعقداً على صعيد التشريع والفقه والقضاء بشأن التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية التقصيرية فالأمر ليس كذلك بالنسبة للمسؤولية العقدية، فقد أثار التعويض عن هذا الضرر في هذه المسوؤلية الخلاف والجدل بين الشراح، وقد تباينت التشريعات في ذلك، فالقانون المدني المصري أوجب التعويض عن الضرر الأدبي وذلك في

(1) تمييز حقوق رقم 99/475، مجلة نقابة المحامين، ع7-8، 200، ص2388، 2389.

(2) الفضل، منذر: النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص302-303. سعد، نبيل إبراهيم: النظري العامة للالتزام، مرجع سابق، ص301. وهي تطابق نص المادة 3/238 من المشروع.

المادة 1/222 منه، التي نصت على ذلك بقولها "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيـضاً..." [(1)]. وهذا هو الوضع كذلك في مشروع القانون المدني الفلسطيني، فيكون المشرع بذلك قـد حـسم الخلاف حول موضوع التعويض عن الضرر الأدبي.

فإذا كان المشرع في كل من مصر وفلسطين قد حسم الخلاف حـول التعـويض عـن الضرر الأدبي في مجال المسؤولية العقدية، إلا أن هذه الخلاف ما زال يـضرب أطنابـه فـي الأردن، وأدى بالفقهاء إلى الانقسام إلى قسمين: فمنهم من رفض فكرة التعويض عـن الـضرر الأدبي في المسؤولية[(2)]،في حين يرى جانب آخر جواز التعويض عن الضرر الأدبي في مجال المسؤولية العقدية[(3)].

إن الضرر الأدبي يستوجب التعويض كالضرر المادي تماماً، وبشكل عام ما دام الضرر محققاً، فليس من المعقول فعلاً أن نتقبل فكرة التعويض عن الضرر الأدبي الذي تسبب فيه سائق لأحد الأشخاص بحجة أنه لم يكن بينه وبين السائق عقداً على أساس المسؤولية التقصرية، وأن يتم حرمان ذات الشخص من التعويض عن الضرر الأدبي لمجرد أنه كان راكباً مـع الـسائق ويرتبط معه بعلاقة تعاقدية، ولتوضيح ذلك نضرب المثال التالي، إذا ما صادف أحد الأطباء أحد زبائنه الذين يعالجهم بصفة دائمة في حادث سير مع آخرين وحاول مساعدتهم طبيـاً، فأرتكـب خطأ أدى إلى حصول أضرار أدبية كبيرة لهم، حيث يستطيع من هو من غير زبـائن الطبيـب المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي، أما زبونه الدائم فلا يستطيع المطالبة بالتعويض لمجـرد

---

(1) تميز حقوق رقم 99/526، مجلة نقابة المحامين، ع5-6، 2000، ص1835.

(2) الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص148.

(3) ويمثل هذا الرأي: سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص240. وفي هذا يقول الأسـتاذ الـدكتور أنـور سلطان: أن التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية أثار الخلاف بين الـشراح، إلا أن المـشرعين المـصري والأردني قد أورد حكماً قاطعاً في وجوب التعويض عن الضرر الأدبي، إذ تنص المادة 267 من القانون المدني الأردنـي في فقرتها الأولى على أنه "يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته في حريتـه أو فـي عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي، يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان "والذي يلاحظ على هذا النص أنه مخصص للفعل الضار، فلو تمعنا النص لوجدنا أن لفظتي (تعد، المتعدي) وهما تدلان على أن النص مخصص للفعل الضار، ثم أن هذا النص وضع ضمن نصوص الفعل الضار. لمزيد من التفاصيل انظر: المحاسنة، محمـد يحيـى: المادة (360) مدني أردني والتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، مجلـة الحقـوق، ع3، مـج24، 2000، ص268-269.

وجود علاقة عقدية بينه وبين الطبيب، ثم أن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم، ومن أسباب العلاج تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، لذا رؤي في المشرع الأخذ بالرأي الذي يجيز التعويض عن الضرر الأدبي[1].

ويستطيع كل متضرر أدبياً المطالبة بالتعويض، ويقع عبء اثبات الضرر الأدبي علـى من يدعيه فإذا كان هذا الضرر يتمثل في موت شخص فإن الحق في المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحي وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية وهم أبوه وأمه وجده وجدته وأولاده، وأولاد أولاده واخوته ولا يستحق هؤلاء جميعاً تعويضاً عن الضرر الأدبي، بل يقتصر علـى الـزوج الحي وأقارب الميت من الدرجة الثانية، وعلى من أصابه منهم ألم حقيقي، ومن الجدير بالـذكر أن التعويض عن الضرر الأدبي لا يستحق إلا لمن كان له حق نفقة علـى الميـت لا يقـضي بتعويض عن الضرر الأدبي للخطيب أو الخطيبة، ولا ينتقل الحق في التعويض عـن الـضرر الأدبي بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك إلا إذا كان هناك اتفاق عن مبدأ ومقدار التعويض ما بين المضرور والمسؤول عن الضرر أو أن تكون الدعوى قد رفعت في حياة المورث، هـذا فـي القانون المدني المصري والمشروع الفلسطيني، أما القانون المدني الأردني اشترط صدور حكم قضائي نهائي في الدعوى[2]، هذا بعكس التعويض عن الضرر المادي الذي ينتقل إلى الورثـة بمجرد حصول الضرر الموجب للتعويض، وكذلك في حالة موت المضرور لا بد التفرقة بـين التعويض عن الضرر الأدبي الشخصي الواجب لأقارب المضرور عن موت قريبهم، والتعويض الواجب للمضرور نفسه قبل وفاته، فالقاضي يحكم بالتعويض الشخصي الواجب لأقارب المتوفى وأزواجه نتيجة ما يشعرون به من ألم ومعاناة ولو لم يصدر به حكم أو اتفق عليه، أما التعويض الأدبي الواجب للمتوفى نفسه، لا يحكم به إلا إذا تم الاتفاق عليه أو صدر حكم قضائي فه، وقـد يستحقه الغير إذا اشترط المتوفى ذلك قبل وفاته بما يعرف "الاشتراط لمصلحة الغير".

---

(1) لمزيد من التفاصيل انظر: المحاسنة، محمد يحيى: المادة 360 مدني أردني والتعويض عـن الـضرر الأدبـي فـي المسؤولية العقدية، مجلة الحقوق، ع3، مج24، 2000، ص268-269.

(2) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص375. طلبة، أنور: الوسيط في القانون المدني، ج1، د. ت، ص594. الزعبي، محمد يوسف: ضمان الضرر في مجال المسؤولية المدنية، دراسات العلوم الإنسانية، مج22، ع5، 1995، ص2446.

إثبات ركن الضرر:

القاعدة العامة أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق من يدعيه تطبيقاً للقاعدة القانونية المشهورة القائلة "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر" فالدائن إذن هو المكلف بإثبات الضرر وله أن يسلك جميع طرق الإثبات من أجل هذه الغاية، على اعتبار أن الضرر واقعة مادية تثبت بجميع الطرق والتي تقدرها محكمة الموضوع(1). هذا الأمر يكون في نطاق المسؤولية المدنية بشكل عام، فهل يبقى الأمر كذلك في حالة التعويض الاتفاقي؟.

لقد اعتبر المشرع المصري ومثيل به المشروع الفلسطيني وجود التعويض الاتفاقي يعني أن الاخلال بالالتزام يفترض وقوع الضرر في جانب الدائن الأمر الذي يعفيه من إثبات هذا الضرر، ويقع على عاتق المدين نفي هذا الضرر إذا أراد أن يتخلص من التعويض الاتفاقي، فالتعويض الاتفاقي يعتبر استثناء على القاعدة السابقة المتعلقة بالإثبات(2).

أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد نص في المادة (2/364) من القانون المدني على ما يلي "ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"، وبهذا يكون المشرع الأردني قد خالف المشرع المصري والفلسطيني، لقد أعطى المشرع الأردني لكلا المتعاقدين طلب تعديل التعويض الاتفاقي إذا لم يكن مساوياً للضرر الحاصل، والزام المدعي منهما أن يثبت إدعائه (3).

إن الحديث عن ركن الضرر واشتراطه واجب في المسؤولية العقدية باعتباره ركناً من أركانها، ولكن هل يشترط توافر ركن الضرر في التعويض الاتفاقي؟ لقد اتخذت القوانين لنفسها مذاهب مختلفة باشتراط ركن الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي، فبعضها اشترط توافر ركن

---

(1) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص267. الحسناوي، حسن حنتوش: التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص136.

(2) كذلك الأمر بالنسبة لفوائد النقود (فالدائن ليس مكلف بإثبات الضرر بل وأكثر من ذلك لا يجوز للمدين إثبات انتفاء الضرر ليتخلص من دفع فوائد التأخير). سلطان، أنور: مرجع سابق، ص269.

(3) من هذا الرأي، سلطان، أنور: مرجع سابق، ص269.

الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي، وبعضها الآخر لم يشترطه[1]. فبالنسبة لكل مـن القـانون المدني الأردني[2] والمصري[3] وكذلك المشروع[4] فقد اشترط كل من هذه القوانين مـن أجـل استحقاق التعويض الاتفاقي أن يصيب الدائن ضرر فعلي من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامـه، أما إذا لم يصيب الدائن أي ضرر، فإن التعويض الاتفاقي يعتبر باطلاً، لانعدام ركن من الأركان العامة للحكم به، وهذا حقيقة مما يجعل التعويض الاتفاقي بلا فائدة، علـى اعتبـار أن رضـا المتعاقدين بالتعويض الاتفاقي يفترض وقوع الضرر بالدائن مـن جـراء الاخـلال بـالالتزام، وبالتالي لا يستطيع المدين الأدعاء بعدم إصابة الدائن بأي ضرر بغيـة التهـرب مـن تطبيـق التعويض الاتفاقي، لأن ذلك يعد مخالفة لمبدأ سلطان الإدارة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ثالثاً: علاقة السببية:

لما كان خطأ المدين العقدي المتمثل بعدم تنفيذ الالتزام وحده لا يكفي لقيام المـسؤولية، ولا يكفي لقيامها تحقق الضرر، بل يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن ناتجاً عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه سواء كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة أو بذل عناية، وهذا ما يعـرف بالعلاقـة السببية بين الخطأ العقدي والضرر الذي أصاب الدائن[5].

والأصل أنه يجب على الدائن -الذي يطالب بقيمة التعويض الاتفاقي عن الضرر الـذي أصابه-، أن يثبت أن هذا الضرر كان نتيجة حتمية ومعقولة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه، لأنه لا يعقل افتراض أن كل ضرر يصيب الدائن يكون ناتجاً عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه[6]، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام إذا لم يكن في استطاعته المدين توقيه ببذل جهد معقول، وحتى لو أثبت الدائن أن الضرر كان نتيجة معقولة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه، فإن لهذا الأخيـر أن يرفع المسؤولية عن نفسه وذلك بإثبات السبب الأجنبي، ويعتبر من قبيل السبب الأجنبي القوة

(1) كالقانون المدني الفرنسي وكذلك اللبناني.
(2) المادة (2/364) منه.
(3) المادة (11/224) منه.
(4) المادة (1/241) منه.
(5) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، مرجع سابق، ص287.
(6) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص279. دواس، أمين: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص215.

القاهرة وفعل الغير، وفعل الدائن نفسه، إلى غير ذلك من الأسباب[1] فإذا أثبت المدين ذلك فإنه لا يكون مسؤولاً عن التعويض في هذه الحالة، وقررت محكمة التمييز في هذا المجال ما يلـي "أن إصابة المبعوث بحادث سير أثر على قدرته التحصيلية العلمية وأدى بالنتيجـة إلـى عـدم حصوله على الشهادة التي انبعث لأجلها لا يعني أن المبعوث خالف أي شرط من شروط البعثة وبالتالي لا يلتزم برد المبالغ التي انفقت عليه"[2].

المطلب الثاني: الأعذار:

القاعدة في كل من القانون المـدني الأردنـي[3]، وكـذلك المـصري[4]، والمـشروع الفلسطيني[5]، أن مجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام لا يكفي لاعتبار المدين مقصراً فـي تنفيـذ التزامه، وإنما يجب أولاً تنبيهه إلى ذلك عن طريق أعذار من الدائن، حتى إذا امتنع بعـد ذلـك عن التنفيذ عد مقصيراً يستوجب معه جبره على دفع مقدار التعويض الاتفاقي، فالعقد المتضمن تعويضاً اتفاقياً لا يعفى من الأعذار ولا يعتبر وجوده اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً على اعفاء الدائن من أعذار المدين[6]. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها "مفاد نص المادة 288 مـن القانون المدني إن شرط استحقاق التعويض عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه، أعـذار المدين ما لم ينص على غير ذلك، ولا يغني عن هذا الأعذار أن يكون التعويض مقدراً في العقد أو أن يكون قد حل أجل الوفاء به وتأخر المدين فعلاً في أدئه"[7].

---

(1) المادة (261) ق.م. أ "حيث نصت على ذلك بقولها "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقضي القانون أو الاتفاق بغير ذلك" وهي تطابق المادة (165) ق. م. م. والمادة (181) من المشروع. انظر في هذا المجال أيضاً: أبو السعود، رمضان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص244.

(2) تمييز حقوق رقم 98/2674، مجلة نقابة المحامين، ع7-8، 2000، ص2324.

(3) المادة (361) من القانون المدني الأردني.

(4) المادة (218) من القانون المدني المصري.

(5) المادة (243) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

(6) ناصيف، الياس: البند الجزائي، مرجع سابق، ص133.

(7) النص رقم 268 لسنة 62ق. جلسته 1998/4/12، المنشور لدى أحمد، إبراهيم سيد: مرجع سابق، ص181.

ونظراً لعلاقة الأعذار المباشرة بهذا الموضوع يجب توضيح المقصود بالأعذار وإجراءاته وكذلك الحالات التي لا ضرورة فيها للاعذار.

1. المقصود بالأعذار:

لقد أورد الفقهاء تعريفات متعددة للأعذار، فمنهم من قال أن أعذار المدين هو "وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه"[(1)]، ومنهم من عرفه على أنه "توكيد تأخر المدين في تنفيذ التزامه توكيداً رسمياً أو غير رسمي بدعوته إلى التنفيذ بتوجيه إنذار إليه"[(2)].

هذا وقد ورد في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني المقصود من الأعذار بقولها "هو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير متهاون في حقه في التنفيذ عند الأجل"[(3)].

التعريفات السابقة تصب جميعها في مفهوم واحد، حيث الغاية من الأعذار هي وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ الالتزام، وأن هناك جدية ومثابرة في المطالبة به، ذلك لأن مجرد حلول أجل تنفيذ الالتزام لا يترتب عليه أية أثار قانونية، لاحتمال أن يكون الدائن راضياً أو على الأقل متسامحاً، أو أنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه[(4)].

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بقولها "لما كان أعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه إذ ان مجرد حلول أجل التنفيذ على نحو يوفر مسؤوليته القانونية على هذا التأخر بل لا بد من أعذاره بالطرق التي يبينها القانون فعندئذ يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً"[(5)].

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص86.

(2) الناهي، صلاح الدين: بحث أحكام الالتزام، المنشور في الملحق رقم (19) كانون أول، مجلة نقابة المحامين، 1985، ص64.

(3) المذكرة الإيضاحية، ج1، مرجع سابق، ص398.

(4) السنهوري: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص83. يكن، زهدي: شرح قانون الموجبات، ج5، مرجع سابق، ص94.

(5) طعن رقم 268 لسنة 62ق، جلسته 1998/4/12، المنشور لدى أحمد إبراهيم سيد، مرجع سابق، ص135. كذلك انظر في هذا المجال تميز حقوق رقم 1987/1036، مجلة نقابة المحامين، 1989، ص1382.

ويترتب على الاعذار نتيجتان هامتان[1]:

1. مساءلة المدين عما يترتب على تأخره في تنفيذ التزامه وابتداء من تاريخ الاعذار.

2. نقل تبعة الهلاك إلى عاتق المدين ولو كانت قبل الأعذار على عاتق الدائن، ففي الوديعة مثلاً إذا هلك الشيء المودع تحت يد المودع لديه بفعل قوة قاهرة، فإنه يهلك على الدائن (المودع)، فإذا كان قد سبق وأعذر المدين (المودع لديه) مطالباً إياه بتسليم الشيء الذي هلك تحت يده انتقلت تبعة الهلاك إلى عاتق المدين[2].

وقد اشترط القانون الأعذار بالتنفيذ العيني قبل المطالبة بالتعويض وذلك لاعتبارين هما[3]:

1. ما تقتضيه اعتبارات اللياقة، إذ يتوجب على الدائن تنبيه المدين إلى ضـرورة الوفـاء بالتزامه، قبل لجوء الدائن إلى التنفيذ العيني.

2. إن ما جرى عليه العمل من أن هناك وجود قدر من التسامح ومراعاة الظروف المحيطة في علاقة الدائن مع المدين، ولذلك افترض المشرع أن الدائن إذا لـم يعتـرض علـى التأخر في تنفيذ المدين لالتزامه معناه عدم تضرره من هذا التأخير وموافقته الـضمنية على مد أجل الوفاء.

كيف يتم الإعذار؟

لقد نصت المادة (219) من القانون المدني المصري على ما يلي "يكون إعذار المـدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الأعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجـرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر" الواضح من هذا النص بأن الأعذار فـي القـانون

---

(1) الجمال، مصطفى، أبو السعود، رمضان محمد. سعد، نبيل إبراهيم: مصادر الالتزام وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، 2003، ص640.

(2) هذا ما نصت عليه المادة (2/207) ق.م.م والمادة (1/229) من المشروع.

(3) الجمال، مصطفى، وآخرون: مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، 2003، ص640.

المصري يتم باحدى الطرق التالية: الإنذار، ما يقوم مقام الإنذار، فالورقة الرسمية التي تعلن إلى المدين تقوم مقام الإنذار[1]، الإنذار عن طريق البريد المسجل على التفصيل الوارد في قـانون المرافعات، مجرد حلول الأجل إذا وجد اتفاق على ذلك، وهذا ما أخذ به المشرع الفلسطيني في المادة 244 من المشروع ولكن المشروع لم ينص على أن المدين يعتبراً معـذراً عنـد حلـول الأجل في حالة الاتفاق على ذلك.

أما بالنسبة للقانون المدني الأردني فإنه لم يحدد شكلاً معيناً للأعذار وهذا الواضح مـن نص المادة (361) السابق الإشارة إليه، إلا أن المذكرة الإيضاحية مثلت لذلك بقولها "يـصح أن يكون الإعذار عن طريق كاتب العدل، كما يصح أن يكون بطريقة البريد المسجل أو بأية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود، وقد يتفق الطرفان مقدماً على أن يكون المدين معـذراً بمجـرد حلول أجل الالتزام، دون حاجة إلى أي إجراء آخر. وهذا الاتفاق يلزمهما وقد وضـعت المـادة على وجه يحقق الغرض المقصود منها دون تحديد طريق معين، توفيراً لمصلحة الناس حـسب زمنهم وتقاليدهم"[2]. وعلى هذا يكون الإعذار بحسب القانون المدني الأردني بإحـدى الطـرق التالية:

1. عن طريق كاتب العدل،
2. بالبريد المسجل،
3. آية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود من الأعذار.
4. مجرد حلول الأجل بالاتفاق.

والذي يتضح لنا مما سبق أن القانون المدني الأردني يجيـز الأعـذار بأيـة طريقـة، فالرسالة العادية أو البرقية تكفي أي منهما لجعل المدين في حالة الأعذار مع مـا يثيـره مـن

---

(1) غانم، اسماعيل: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص104. وكذلك الجمال مصطفى وآخرون، مرجع سابق، ص642.

(2) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، مرجع سابق، ص398.

صعوبات ذلك في الأثبات وهذا بخلاف الوضع في كل من القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني حيث لا يجيز أي منهما الأعذار بأية ورقة عرفية[1].

وحتى يكون الأعذار مجدياً يجب أن يتم عند حلول الأجل أو بعده ولكن لا يكون قبله، لأنه في هذه الحالة يكون خائب الأثر، ويصح للدائن أن يمنح المدين اجلاً لتنفيذ الالتزام في الأعذار الموجه لهذا الأخير من قبل الدائن دون ان يؤثر ذلك على قوة الأعذار، ذلك لانه متى حل الأجل الممنوح أصبح المدين معذراً[2].

والأعذار قد شرع لمصلحة الدائن وبذات الوقت لمصلحة المدين وللأخير أن يتنازل عن الدفع به، فإذا لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بان الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى فلا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض أو محكمة التمييز[3].

ثانياً: الحالات التي لا ضرورة فيها للأعذار:

الأصل أن القانون أوجب على الدائن أعذار المدين حتى يستحق التعويض المتفق عليه، لكن القانون أعفى الدائن من الأعذار في حالات معينة، حيث تنتفي الحكمة عند توجيه الأعذار فيها، واعتبر أن مجرد حلول الأجل إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه، وإلا ترتب عليه التعويض. وقد نصت المادة (362) من القانون المدني الأردني على هذه الحالات بقولها "لا ضرورة لأعذار المدين في الحالات الآتية:

1. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.
2. إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.
3. إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون وجه حق وهو عالم بذلك.

---

(1) درادكة، فؤاد: مرجع سابق، ص153.

(2) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص830. الهامش رقم (3).

(3) أحمد، إبراهيم سيد: التعويض الاتفاقي، مرجع سابق، ص64. غانم، اسماعيل: أحكام الألتزام، مرجع سابق، ص98.

4. إذا صرح المدين كتابه أنه لا يريد الوفاء بالتزامه".

وقد جاءت المادة (221) من القانون المدني المصري مطابقة للمادة السابقة وكذلك المادة (245) من المشروع الفلسطيني إلا أن المشروع أضاف حالة خامسة وهي حالة اتفاق الطرفين كتابه على تنفيذ الالتزام بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أعذار، وهذه الحالة قد ذكرها المشرع المصري في المادة (219) منه.

وسوف يقوم الباحث بتناول هذه الحالات بشيء من التفصيل.

1. إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً او غير مجدٍ بفعل المدين:

لما كان الهدف من الأعذار هو دعوة المدين إلى التنفيذ ونفي مظنة التسامح معه في التأخير، فإنه يفترض بالضرورة إمكان هذا التنفيذ، فإذا كان هذا التنفيذ قد أصبح مستحيلاً بفعل المدين أو أصبح غير مجد بفعله، كما لو كان مطلوباً من المدين ألا يقوم بعمل وقام به فعلاً، فلا مجال لأعذاره في هذه الحالة، كذلك الحال إذا كان التزام المدين القيام بعمل، وقام المدين بعمل من شأنه أن يجعل تحقيق التزامه مستحيلاً كالمحامي الذي يلتزم برفع استئناف لحكم معين وينتهي ميعاد الاستئناف قبل أن يرفع هذا الاستئناف[1].

2. إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع:

لا يتصور الأعذار في الالتزامات غير القانونية، ذلك لأن الأعذار يقوم على دعوى المدين إلى التنفيذ، الأمر الذي لا يتصور إلا في الالتزامات التعاقدية، وبالتالي فإذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع أي بمعنى آخر إذا كان التعويض سببه إخلال

---

(1) انظر هذا المجال المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص243، وكذلك تمييز حقوق رقم 84/678، مجلة نقابة المحامين، ع1-4، ص832. وكذلك الطعن رقم 388، نقض 1989/12/12، المنشور لدى أحمد، إبراهيم سيد، مرجع سابق، ص134.

بالتزام الشخص بأن لا يضر بالغير، فإن التنفيذ العيني للالتزام لم يعد ممكناً مما يجعل الأعـذار غير مجدٍ[1]، "وهذه الحالة ليست في الواقع إلا تطبيقاً من تطبيقات الحالة الأولى"[2].

3. إذا كان محل الالتزام "بشيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون وجه حق وهو عالم بذلك:

حيث أن المدين في هذه الحالة يكون سيء النية ويكون واجباً عليه أن يرد الشيء إلـى الدائن وليس الدائن بمقتضى النص بحاجة إلى إعذاره، ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فوراً إلى رد الشيء للدائن، دون إعذار وإلا كان مسؤولاً عن التأخر في الرد[3].

4. إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه:

في حالة التصريح كتابة من قبل المدين بأنه لا يريد القيام بالتزامه، فإنه بهذا التـصريح الثابت بالكتابة لا جدوى في إعذاره، فهو قرر سلفاً أنه لا يريد القيام بالتزامه واشتراط الكتابـة هنا للإثبات، بمعنى أنه لا يكفي في ذلك التصريح أمام الشهود، ومع ذلك فلو أقر المـدين أنـه صرح بعدم إرادته القيام بالتزامه او نكل عن اليمين التي وجهت إليه كان ذلك كافياً في إثبـات التصريح المطلوب للأعذار[4].

5. إذا اتفق الطرفان على تنفيذ الالتزام دون الحاجة إلى أعذار وهذه الحالـة ضـمن الحـالات المستثناه من الأعذار ذكرها المشروع الفلسطيني.

---

(1) الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص71، وكذلك المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، مرجع سابق، ص399.

(2) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص838.

(3) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص835. المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ص398. الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص71.

(4) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، ج2، ص839. الفار، عبد القادر، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص71، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، مرجع سابق، ص399. وكذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص244.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق التعويض الاتفاقي

يبدو للوهلة الأولى أن نطاق تطبيق التعويض الاتفـاقي لا يتعـدى نطـاق المـسؤولية التعاقدية، ولكن الحقيقة أن هناك تياراً قوياً من الأراء يسلم بمبدأ امتداد التعويض الاتفاقي إلـى المسؤولية التقصيرية، ولذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على التوالي، حيث سـيتم تخصيص المطلب الأول لدراسة التعويض الاتفاقي في نطاق العقد (المسؤولية التعاقدية) والثاني لدراسة التعويض الاتفاقي في مجال العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية).

المطلب الأول: التعويض الاتفاقي في نطاق العقد:

إن مبدأ امتداد التعويض الاتفاقي إلى نطاق العقد ليس محل جدل، بل يجد تطبيقه الواسع في نطاقه، فقد اعترف به بنصوص قانونية صريحة[1]، وقام بشأنه تعويضات اتفاقية في شـتى أنواع العقود بغية ضمان حسن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، فالتعويض الاتفاقي يكثر فـي العقود التي تتم بين البائعين والمشترين حال التمنع عن الدفع أو التـأخير فيـه وكـذلك يعـزز المقرضون عقودهم بالتعويض الاتفاقي لضمان استرداد أموالهم، وكذلك في العقد التي يتم بـين مدراء المسارح والفنانين الذي يحلون بالتزاماتهم لتقيدهم بشروط تمنع مثل هذا الإخلال. وكذلك نجده في عقود المقاولات، والتوريد، والنقل والايجار، والعمل. وكذلك يعتبر التعويض الاتفـاقي أحد الوسائل الأكثر استعمالاً في الاتفاقات الصناعية والتجارية، فنراه مـدرجاً ضـمن شـروط العقود التي تتم بين المنتجين والوكلاء من أجل تنظيم توزيع بيع المنتجات بين المحلات التجارية المكلفة ببيعها أو الكمية المسموح لكل محل منها ببيعها، وقد يتم إدراج التعويض الاتفـاقي فـي النطاق الصناعي بين المنتجين وذلك لوضع نظام للمنافسة بينهم، كأن يحصر كل منـتج مـنهم تعامله مع منطقة جغرافية معينة، ويشترط أنه في حال أن أخل أي منهم بهذا الالتزام وقام ببيـع

---

(1) المادة (1/364) ق.م.أ. المادة (223) ق.م.م. والمادة (240) من المشروع.

منتجات في غير المنطقة الجغرافية التي التزام بأن يبيع في نطاق حـدودها بـدفع مبلـغ مـن المال[1].

وقد يتم اللجوء إلى التعويض الاتفاقي بين المنتجين أنفسهم وذلك بغية تخفيض الفـائض من الإنتاج، وذلك بأن يلتزم كل منتج بإنتاج كمية محدودة، فأي منتج يخل بهـذا الاتفـاق فإنـه يكون معرضاً لدفع مبلغ معين من المال، وكذلك قد يتم في عقد بيع بين بـائع لمحـل تجـاري ومشتري المحل بحيث لا يقوم البائع بقيمة محل تجاري مشابه وفق شروط معينة.

ومن الجدير بالذكر أن التعويض الاتفاقي في النطاق التعاقدي لا يقتصر علـى العقـود ذات العوض، بل يمتد ليشمل العقود المجانية، كعقود الهبة والوصية. بحيث يمكن للموصـي أو الواهب أن يثقل كاهل المستفيد من الوصية أو الهبة بأعباء أو التزامات، فيضمن عقد الوصية أو الهبة تعويضاً اتفاقياً يقضي بالقاء جزاء على المستفيد في حال عدم قيامـه بتنفيـذ التكـاليف أو الأعباء أو الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد الوصية أو عقد الهبة، ويمكن أيضاً للموصـي أو الواجب، تجنباً لقيام الموصى له أو الموهوب له بالطعن بالعقد المجاني، أن يشترط عليه منع الطعن بهذا العقد، وذلك بتضمين العقد تعويضاً اتفاقياً يمنع عليه هذا الطعن، وكثيراً مـا نجـد التعويض الاتفاقي مدرجاً في هبة القسمة أو وصية القسمة، ويكون موضوعه بشكل عام في هذه الأعمال حرمان الموصى له أو الموهوب له من جميع الأعمال الموصى بها، أو الموهوبـة أو من قسم منها وغيرها الكثير[2].

المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي في نطاق العمل غير المشروع (الفعل الضار)

يرى فقهاء القانون المدني[3] أنه قد يرد التعـويض الاتفـاقي فـي ميـدان المـسؤولية التقصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع، كأن يتفق صاحب مصنع من جيرانه علـى علـى مقدار التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلاً من الدخان المتصاعد من مداخن، أو مـن

(1) المتهار، طلال: البند الجزائي، مرجع سابق، ص60-61.

(2) المرجع السابق، ص62-63. ناصيف، الياس، البند الجزائي، مرجع سابق، ص30.

(3) ومنهم دواس، أمين: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص74. الـسنهوري، عبـد الـرزاق: مرجـع سـابق، ص112. سلطان،أنور: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص172.

الضجة الناجمة عن آلات المصنع وكذلك كأن يتفق على تعويض اتفاقي في حالة الاخلال بوعد الزواج، إذ الاخلال بهذا الوعد تترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا عقدية. وكذلك التعويض الاتفاقي الذي يتفق عليه في حالة ابطال ملك الغير يعتبر تقدير التعويض عن المسؤولية تقصيرية (عملاً غير مشروع) [1].

ورد في مذكرة المشروع التمهيدي في معرض التعليق على نص المادة (225) من القانون المدني المصري ما يفيد صراحة بالاعتراف بالتعويض الاتفاقي في نطاق المسؤولية التقصيرية حيث جاء فيها ما يلي "ليس للشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداؤه، فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر، قد يكون التعاقد في بعض الصور وقد يكون العمل غير المشروع في صور آخرى"[2].

أما في القانون المدني الأردني لم يرد نص يفيد صراحة امكانية أو عدم امكانية الاتفاق على التعويض الاتفاقي في نطاق العمل غير المشروع، وهذا يعني أن الاتفاق على تعويض اتفاقي في نطاق العمل غير المشروع جائز بشرط ألا يخفى معنى الأعفاء من المسؤولية التقصيرية أو التخفيف منها لأنه يعتبر في مثل هذه الحال باطلاً، فالتعويض الاتفاقي جائز في نطاق العمل غير المشروع، ذلك لأن هناك حالات ليست قليلة يمكن للشخص أن يقدر مسبقاً من هم الذين يمكن أن يقع عليهم الضرر من نشاط معين كحالة تجاوز مضار الجوار العادية فيتفق الشخص مع جيرانه على تحديد مبلغ التعويض مسبقاً[3].

يمكن القول في هذا المجال أن التعويض الاتفاقي لا يمكن أن يتم الاتفاق عليه في مجال المسؤولية التقصيرية، ذلك لأن التعويض الاتفاقي يعتبر التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي وهو العقد، وبالتالي لا يمكن تصوره في المسؤولية التقصيرية بسبب عدم وجود عقد يكون تابعاً له.

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص851.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية، مرجع سابق، ص573.

(3) الفضل، منذر: النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص461.

الفصل الثالث

علاقة التعويض الاتفاقي بالتنفيذ العيني وتمييزه عن الأوضاع القانونية المشابهة له

إن مسألة الاختيار بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي، وكذلك مسألة الجمع بينهما، وتمييز التعويض الاتفاقي عما يشتبه به من الأوضاع القانونية من المسائل التي يجب بحثها عند بحث موضوع التعويض الاتفاقي نظراً للارتباط الوثيق بين التعويض الاتفاقي والالتزام الأصلي، وكذلك إمكانية الخلط بينه وبين ما يشتبه به من أوضاع قانونية.

ولهذا سيتناول هذا الفصل مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: علاقة التعويض الاتفاقي بالتنفيذ العيني

المبحث الثاني: تمييز التعويض الاتفاقي عن الأوضاع القانونية المشابهة له

المبحث الأول

علاقة التعويض الاتفاقي بالتنفيذ العيني

إن هناك ارتباط وثيق بين التعويض الاتفاقي والالتزام الأصلي، ذلك لأن المدين إذا لم ينفذ التزامه الأصلي، أو تأخر في تنفيذه، وتوافرت جميع الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض الاتفاقي، أصبح هذا الأخير مستحقاً وواجب الوفاء به، لذلك سيقوم الباحث بدراسة هذا الموضوع في مطلبين: حيث سيتم تخصيص الأول للاختيار بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي والثاني سيخصص لبحث موضوع الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي.

المطلب الأول: الاختيار بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي:

الأصل أن الالتزام نشأ لينفذ تنفيذاً عينياً، وأن الدائن ليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ما دام هذا التنفيذ ممكناً، ولا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا التنفيذ العيني للالتزام ما دام ممكناً أيضاً، فإذا أخل المدين بتنفيذ التزامه وتوافرت شروط الحكم بالتعويض الاتفاقي أصبح هذا الأخير مستحقاً، ذلك لأنه يقوم مقام التعويض، وعلى هذا نصت المادة (215) من القانون المدني المصري بقولها "إذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه"[1].

يتضح من نص المادة المذكورة أعلاه أن أمام الدائن خياراً واحداً وهو المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ما دام هذا ممكناً، والتعويض الاتفاقي في آن معاً، فالتعويض الاتفاقي ليس تخييراً وليس بدلياً – كما سيتم بحثه لاحقاً- ذلك لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً، إلى تنفيذ التعويض الاتفاقي إذا توافرت شروطه كبديل عن الالتزام الأصلي[2].

(1) وهي تقارب المادة (237) من المشروع.

(2) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص861.

إذن لا يجوز للدائن اختيار التعويض الاتفاقي والمطالبة به إلا في حالة امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام الأصلي وتعنته، أو أصبح التنفيذ العيني فيه إرهاق للمدين، أو في حالة استحالة التنفيذ العيني، أو تعذره في الزمن المتفق عليه وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بقولها "مفاد النص في المادتين 1/147، 2/203 من القانون المدني يدل على ان الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين يجب احترامه وأن للدائن طلب تنفيذ التزام مدينه عينا وله ان يعرض القيام به على نفقة المدين على ان يكون التنفيذ من أيهما بطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية وما يقتضيه العرف فإذا عدل عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض فيشترط أن ينطوي التنفيذ على إرهاق المدين وهو يعني العنت الشديد او الخسارة الفادحة ولا يكفي فيه مجرد العسر والضيق والكلفة وعلى ألا يلحق الدائن من وراء ذلك ضرر جسيم، على أنه لا يجوز النظر عند بحث الإرهاق الذي قد يصيب المدين او الضرر الجسيم الذي قد يلحق الدائن على أساس شخصي لا يتعدى الملائمة المادية بل يجب أن يتناول البحث ما يتعلق باقتصاديات المشروع وعائده باعتباره مشروعاً استثمارياً يستهدف الربح في ذاته وقد استقر الفقه والقضاء على أنه يتعين أن تتناسب التزامات المؤجر مع الأجرة وإلا كان في الزامه بتنفيذ الإجارة عيناً إرهاق وعنت يوجب أعمال الفقرة الثانية من المادة 203 من القانون"[1].

فالتعويض الاتفاقي يعتبر من طرق التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض، والتنفيذ بطريق التعويض هو طريق يلجأ إليه عندما لا يقضي بالتنفيذ العيني للالتزام، فالأصل في التنفيذ أن يكون عينياً، ولكن يستثنى من ذلك بعض الحالات التي لا مناص فيها من اللجوء إلى التعويض الاتفاقي واختياره ليقوم مقام التنفيذ العيني[2]، وهذه الحالات تتلخص فيما يلي:

1. إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن فيه إرهاق للمدين، ولم يكن في استبعاد التنفيذ العيني ضرر جسيم يلحق بالدائن. وهذا ما أكدته المادة (2/355) ق.م.أ بقولها "على أنه إذا

---

(1) الطعن رقم 1886 لسنة 54 ق، جلسة 1991/5/9، المنشور لدى أحمد، إبراهيم سيد: التعويض الاتفاقي، مرجع سابق، ص180.

(2) الفار، عبد القادر: مرجع سابق، ص63.

كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً"[1].

2. إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا إذا قام به المدين شخصياً، فإذا كان محل الالتزام، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وكانت شخصية المدين محل اعتبار، بحيث لا يتحقق تنفيذ الالتزام إلا إذا قام به المدين شخصياً، وأصر هذا الأخير على عدم التنفيذ، فهنا لا يمكن اجباره على التنفيذ العيني، لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية، فضلاً عن أنه غير منتج في الغالب من الأحوال، مثال ذلك التزام الطبيب أو الفنان، أو المدرس الخاص، وبالتالي لا يبقى أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ[2].

3. إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بفعل المدين وخطئه.

4. إذا كان التنفيذ العيني ممكناً تحقيقه دون تدخل المدين ولكن لم يطلبه الدائن، ولم يعرضه المدين، فيقضي في هذه الحالة بالتعويض ما دام الدائن يطلبه[3].

المطلب الثاني: الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي

الأصل أنه لا يجوز الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام الأصلي والتعويض الاتفاقي المشروط لعدم التنفيذ، لأن ذلك يصبح استعمالاً مضاعفاً لذات الحق، حيث أن الجزاء يعادل التنفيذ، فالتعويض الاتفاقي والتنفيذ العيني، يقوم كل منهما مقام تنفيذ الالتزام وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها "المقرر في قضاء محكمة النقض أن طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض قسيمان متكافئان قدراً أو متحدان موضوعاً يندرج كل منهما في الآخر ويتقاسمان معاً تنفيذ الالتزام الأصلي... "[4].

---

(1) وهي تقابل المادة (2003) ق.م.م والمادة (225) من المشروع.

(2) الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص63.

(3) المرجع السابق، ص68.

(4) الطعن رقم 228 لسنة 67 ق، جلسة 2001/6/24، المنشور لدى أحمد، إبراهيم سيد: التعويض الاتفاقي، مرجع سابق، ص183.

ومع ذلك هناك حالات يجوز فيها الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفـاقي، وهـذه الحالات تعتبر استثناء من القاعدة الأصلية التي تحرم ذلك وهذه الحالات هي:

1. إذا كان التعويض الاتفاقي مشترطاً لمجرد التأخير في تنفيذ الالتزام:

إذا تأخر المدين في تنفيذ الالتزام، فإنه يلزم هنا بتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة هذا التأخير، وهنا يجتمع التنفيذ العيني مع التعويض، وما دام أن هذا التعويض متفق عليه فإنه يتم الحكم به، وهذا لا يشكل استعمالاً مضاعفاً لذات الحق[1].

وهذه ما أخذت به محكمة النقض المصرية وقضت بـه فـي أحـد قراراتهـا بقولهـا "للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض عما ينجم من ضرر بسبب عدم تنفيذ أحد الالتزامـات المنصوص عليها في العقد، التعويض في هذه الحالة ماهيته، تقوم عن عدم التنفيذ، عدم جـواز الجمع بينه وبين التنفيذ العيني للمتعاقدان تحديد التعويض الجابر للضرر عن التاخير في التنفيذ، جواز الجمع بين التعويض الأخير والتنفيذ العيني علة ذلك القضاء بالزام المدين بتنفيذ التزامـه عيناً لا يخل بحق الدائن فيما يجب له من هذا التعويض، المـواد 2/215، 124، 223، 2/216 مدني[2].

ومن الجدير بالذكر في هذا المجال أن المدين إذا لم يقم بتنفيذ التزامـه، أو أن الوفـاء بالالتزام أصبح مستحيلا بإهماله وتقصيره، فالدائن في هذه الحالة يستحق تعويـضاً عـن عـدم التنفيذ إذا كان متفقاً عليه وإذا لم يكن متفقاً عليه فإن المحكمة هي التي تقدره، وتعويـضا عـن التأخير في تنفيذ الالتزام وهو المتفق عليه[3].

---

(1) الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص69.

(2) الطعن أرقام 1859، 2444، 2447، سنة 7ق. جلسة 2001/6/12، المنشور لدى أحمد، إبراهيم سيد: مرجع سابق، ص176.

(3) سلطان، أنور: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص67.

2. أن يتفق الطرفان على الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي:

يجوز للأطراف المتعاقدة أن تتفق على جواز الجمع بين التنفيـذ العينـي والتعـويض الاتفاقي، ذلك لأن هناك من الحالات ما يكون فيها التعويض الاتفاقي أقل من الضرر الحاصـل فعلاً فهنا يجوز للدائن أن يطالب بالإضافة إلى التعويض الاتفاقي بالتنفيذ العيني، إذا كان الجمع بينهما مساوياً للضرر الذي لحق به، وهذا الرأي يسري على القانون المدني الأردني والمصري وكذلك المشروع، ذلك لأن مثل هذا الاتفاق غير مخالف للنظام العام[1].

وهذا الاتفاق يجب أن يكون صريحاً ولا ينبغي الأخذ بالاتفاق الضمني، ذلك لأن قاعـدة الجمع بين التعويض الاتفاقي والتنفيذ العيني هذه تعتبر استثناء من القاعدة العامة التي تحظر مثل هذا الجمع.

(1) من هذا الرأي: درادكه، فؤاد: الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص223.

المبحث الثاني

تمييز التعويض الاتفاقي عن الأوضاع القانونية المشابهة له

لما كان موضوع التعويض الاتفاقي أو محله في الغالب مبلغ من النقود، ونظراً للخصائص التي يتمتع بها، فإنه قد يختلط ببعض الأوضاع القانونية الأخرى، مما يجعل التمييز بينهما أمراً صعباً، ومن هذه الأوضاع القانونية التي تعد قريبة من التعويض الاتفاقي العربون، عقد الصلح، التهديد المالي، الالتزام البدلي، الالتزام التخييري.

لذلك سوف يتم عقد مقارنة بين التعويض الاتفاقي وبين هذه الاوضاع القانونية، لا سيما وأن لكل وضع منها نتائج وآثار قانونية معينة.

وسوف يقوم الباحث بتناول كل وضع من الأوضاع القانونية السابقة مع التعويض الاتفاقي في مطلب مستقل على النحو الآتي:

المطلب الأول: التمييز بين التعويض الاتفاقي والإثراء بلا سبب

المطلب الثاني: التمييز بين التعويض الاتفاقي وعقد الصلح

المطلب الثالث: التمييز بين التعويض الاتفاقي والتهديد المالي

المطلب الرابع: التمييز بين التعويض الاتفاقي والالتزام البدلي

المطلب الخامس: التمييز بين التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري

المطلب الأول: التمييز بين التعويض الاتفاقي والإثراء بلا سبب:

المقصود بالإثراء كل منفعة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال[1]، ويشترط لوجود الإثراء ما يلي:

1. إثراء يترتب عليه خسارة، فلا بد من إثراء ويتحقق ذلك، إذا كسب شخص منفعة مادية أو معنوية تقدر بمال، أو تجنب خسارة محققة أو انقضاء دين أو سد حاجـة ماديـة أو معنوية تقدر بمال في ذاتها، أو من ناحية خسارة المقابل كتقدير قيمة العمل الذي قام به شخص أدى إلى كسب شخص آخر[2].

2. يجب أن يقابل الإثراء افتقار، أي يجب أن تتحقق الخسارة بحيث تلحق بشخص، ونتيجة لهذه الخسارة يجني شخص آخر الكسب[3].

3. يجب أن تكون علاقة سببية بين الإثراء والافتقار، ويتحقق ذلك إذا كان سبب كل منهما واقعة واحدة، أو إذا تبين أن كسب المدين ما كان ليحدث لولا خسارة الدائن[4].

4. يجب ألا يكون للإثراء أو الافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبررهما، كوجود تصرف قانوني بين المفتقر والمثري، كوجود عقد هبة بينهما، يبرر افتقـار الواهـب، وإثـراء الموهوب له أن يسند الإثراء إلى حكم القانون، فإذا اكتسب شخص شيئاً كمبرر الـزمن فلا يستطيع المالك الأصلي أن يعود عليه بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن مرور الـزمن يعد سبباً قانونياً لكسب الحق العيني[5].

والقاعدة في التعويض المستحق نتيجة الإثراء بلا سبب أن يلتزم المدين بتعويض الـدائن عمـا لحقه من خسارة في حدود ما أثرى به فإذا افترضنا أن الخسارة تقدر بـ ـ (1000) دولار وأن

(1) سلطان، أنور: النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص439.
(2) الجمال، مصطفى: النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص432.
(3) الفضل، منذر: النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص509.
(4) فرج، توفيق حسن: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص429.
(5) الفضل، منذر: النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص511.

الكسب يقدر بـ (2000) دولار فإن الدائن لا يكون ملتزماً إلا بمبلغ الخسارة وهو (1000) دولار، وعلى العكس من ذلك إذا افترضنا أن الكسب لم يكن يتجاوز مبلغ (500) دولار في الوقت الذي تكون فيه الخسارة مبلغ (1000) دولار فإن الدائن لا يلتزم بأكثر من (500) دولار.

وهنا نلاحظ الفرق بين الالتزام الناشئ عن الإثراء بلا سبب والتعويض الاتفاقي الناشيء عن عدم تنفيذ الالتزام، حيث أن هذا التعويض يمكن الطلب من القضاء بتعديله سواء بالزيادة أو بالنقص ضمن حالات محددة حتى يكون جابراً للضرر، أما التعويض المستمد نتيجة الإثراء بلا سبب إذا كانت الخسارة أقل من الكسب فإن التعويض يكون بمقدار الخسارة، أما إذا كانت الخسارة أكثر من الكسب فإن التعويض المستحق يكون فقد بمقدار الخسارة دون أي زيادة.

المطلب الثاني: التمييز بين التعويض الاتفاقي وعقد الصلح:

لقد عرفت المادة (647) من القانون المدني الأردني الصلح على أنه "عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي" وورد تعريفه في المادة 549 من القانون المدني المصري على أنه "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه"[1].

الواضح من نص المادتين السابقتين، إنه توجد أركان خاصة تتعلق بعقد الصلح بالإضافة إلى الأركان العامة للعقد وهي الرضاء والمحل والسبب ومن الأركان الخاصة لعقد الصلح ما يلي:

1. وجود نزاع قائم أو محتمل.

(1) وقد جاءت المادة (589) من المشروع مطابقة لها.

2. التنازل عن ادعاءات متقابلة: فإن لم يكن هناك نزاع قائم أو على الاقل نزاع محتمل فلا يكون العقد صلحاً كما لو أن المؤجر تنازل للمستأجر عن بعض الأجرة ليسهل عليه الحصول على الباقي فهذا يعتبر إبراء من بعض الديون وليس صلحاً(1).

لما كان التعويض الاتفاقي عبارة عن اتفاق سابق، وبالنظر إلى طبيعته وخصائصه كما هو واضح مما سبق، فإنه قد يختلط بالصلح من عدة وجوه، لذلك سيتم توضيح أوجه الشبه وأوجه الخلاف بينهما.

أولاً: أوجه الشبه بين التعويض الاتفاقي وعقد الصلح(2):

1. أن كل منهما عبارة عن اتفاق يتم بإرادة المتعاقدين الحرة.
2. أن كل منهما تابع لالتزام أصلي.
3. من ناحية إثارة كل منهما: إن كل منهما لا يثار البحث فيه إلا بعد وقوع الضرر لأحد المتعاقدين.

ثانياً: أوجه الخلاف بينهما:

بالنسبة للتعويض الاتفاقي يتم الاتفاق على مقدراه مسبقاً أي قبل وقوع الضرر، في حين أن الصلح يتم الاتفاق عليه بعد وقوع الضرر(3).

المطلب الثالث: التمييز بين التعويض الاتفاقي والتهديد المالي (الغرامة التهديدية):

المقصود بالغرامة التهديدية "الحكم على المدين بالتنفيذ العيني وبغرامة تهديدية باعتبار كذا عن يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى إذا تأخر عن تنفيذ التزامه عن ميعاد

---

(1) انظر في هذا المجال الطعن رقم 51 10ق، جلسة 1941/1/16، المنشور لدى . عبد التواب، معوض: مرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج2، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص89. كذلك انظر هذا المجال المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص637.

(2) درادكه، فؤاد صالح: الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص160.

(3) انظر في هذا المجال استئناف عليا مدني غزة، رقم 86/59 المنشور لدى وليد الحايك، ص408.

معين يحدده القاضي. وليس الغرض من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء، بل المقصود بها ارهاب المدين وحمله على التنفيذ العيني"[1].

إذا كان محل الالتزام يستلزم الوفاء به تدخل المدين شخصياً أي أنـه إذا كـان محـل الالتزام لشخصية المدين محل اعتبار، وامتنع عن تنفيذ التزامه وتعذر إجباره على ذلـك، فـلا يبقى أمام الدائن في هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض. لكن هناك طريقة أخرى يتم اللجوء إليها لاجبار المدين على تنفيذ التزامه وهي استعمال القوة المادية وهذا ما يطلق عليه التهديد المـالي (الغرامة التهديدية) ويكون ذلك باستصدار حكم قضائي على الملتزم المتعنت يلزمه بتنفيذ التزامه تحت طائلة غرامة تهديدية عن كل تأخير في التنفيذ، أي بالزامه بدفع مبلغ معين عن كل فتـرة معينة يستمر في امتناعه كأن يكون عن كل يوم أو أسبوع أو شهر على أمل أن يـؤدي مبلـغ التهديد المالي المتراكم إلى الضغط على الملتزم وحمله على التنفيذ الطوعي[2].

لقد أخذ المشرع المصري بالغرامة التهديدية في المادة (213) مـن القـانون المـدني، وكذلك اخذ به المشرع الفلسطيني في المادة (236) من المشرع وقد جاءت هذه المادة مطابقـة للنص المصري.

أما بالنسبة للمشرع الأردني فأخذ بها بطريقة غير مباشرة وكما يرى البعض من الفقهاء بأنه ورد النص عليها على استحياء وغموض في القصد[3]، حيث نـصت المـادة (360) مـن القانون المدني على أن "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمـة مقدار الضمان الذي يلتزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

وعلى أي حال، فإنه يمكن اللجوء إلى التهديد المالي في جميع أنواع الالتزامات وعلى الأخص الالتزام بالقيام بعمل ما دام تنفيذ الالتزام لا يزال ممكناً.

---

(1) سلطان، أنور: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص158.

(2) الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص64.

(3) الناهي، صلاح الدين: بحث أحكام الالتزام المنشور في ملحق 19 من مجلة النقابة، مرجع سابق، ص57. فالمشرع الأردني لا يعرف نظام الغرامة التهديدية. انظر في هذا المجال: الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص64.

الفرع الأول: شروط التهديد المالي وخصائصه:

وللحكم بالتهديد المالي (الغرامة التهديدية) يشترط توافر عدة شروط وهي[1]:

1. أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً، ذلك لأن الغرض منه هو الحصول على التنفيـذ، فإذا أصبح مستحيلاً فلا فائدة من اللجوء إلى التهديد المالي.

2. أن يكون التنفيذ العيني يقتضي تدخل المدين الشخصي.

3. قيام الدائن بالمطالبة بتوقيع تهديد مالي (غرامة تهديدية) تجاه المـدين أمـام المحكمـة المختصة، ذلك أن المبدأ في قانون أصول المحاكمات (المرافعات) هو أن المحكمـة لا يجوز لها أن تقضي بأكثر مما يطلبه الخصم[2].

خصائص التهديد المالي [3]:

1. يعتبر التهديد المالي بأنه وسيلة تهديدية، إذ يقصد منه تهديد المدين والضغط عليه لتنفيذ التزامه عيناً، وغالباً ما يتم تحديد التهديد المالي بمبلغ كبير لا يتناسب مع الضرر الـذي يصيب الدائن من تأخر المدين بالتنفيذ، ولهذا يطلق عليه بأنه تحكمي.

2. أن الحكم بالتهديد المالي يعتبر حكماً وقتياً مصيره إلى التصفية وفقاً للموقـف النهـائي للمدين، فإذا ما قام بالوفاء بالتزامه حط عنه القاضي الغرامة إزاء استجابته لما أمر به، والزامه بالتعويض عن التأخير لا أكثر، أما إذا أصر المدين على عناده قـرر القاضـي التعويض الواجب عن الضرر الناشيء عن عدم الوفاء.

(1) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص807، الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص65.

(2) من هذا الرأي السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص807، في حين هناك من يرى إلى جواز أن يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه، غانم، اسماعيل: مرجع سابق، ص28.

(3) الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص66.

3. أن التهديد المالي (الغرامة التهديدية) لا تعتبر ديناً محققاً في ذمة المدين، ولذا فلا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أمواله، بل ينبغي انتظار التصفية النهائية التي يتوقف عليها مصير الغرامة، ثم التنفيذ بالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير أو عدم التنفيذ.

الفرع الثاني: أوجه الشبه والخلاف بين التهديد المالي والتعويض الاتفاقي:

مما تقدم يتضح بأن التهديد المالي يشبه التعويض الاتفاقي في بعض الأمور ويختلف عنه في أمور أخرى لذا سيتم تحديد أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بينهما كما يلي:

أولاً: أوجه الشبه بين التهديد المالي والتعويض الاتفاقي(1):

1. أن كل منهما لا يثار البحث فيه إلا في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، فكلاهما يهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام.

2. كل منهما يمتاز بطابع جزائي (قهري) فهو يعتبر كذلك وبشكل دائم في التهديد المالي، في حين يتسم به التعويض الاتفاقي عندما يتجاوز المبلغ المحدد به، الضرر الفعلي.

3. أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية حيال التهديد المالي والتعويض الاتفاقي أيضاً.

ثانياً: أوجه الخلاف بين التهديد المالي والتعويض الاتفاقي(2):

1. أن الغاية من التهديد المالي هي الحصول على التنفيذ العيني للالتزام وليس تعويض الدائن عما لحق به من ضرر، في حين أن التعويض الاتفاقي يعتبر نوع من أنواع التعويض.

2. أن مصدر التهديد المالي هو الحكم القضائي، في حين أن مصدر التعويض الاتفاقي هو اتفاق المتعاقدين.

---

(1) سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مرجع سابق، ص66-67. درادكة، فؤاد: الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص166.

(2) المصدر السابق. الحسناوي، حسن حنتوش: التعويض القضائي، مرجع سابق، ص49 وما بعدها.

3. التهديد المالي تحكمي لا يقاس بمقدار الضرر، في حين أن التعويض الاتفاقي في الأصل فيه أن يقاس بمقدار الضرر.

4. أن التهديد المالي لا يمكن الزام المدين على دفع مقدراه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً فهو يكون بلا فائدة، في حين أن التعويض الاتفاقي يمكن مطالبة المدين بـه إذا كانـت الاستحالة بسببه إذا أعذر قبل حصولها، وفي حالة ما إذا كان قد أخذ على عاتقه تبعـة الظروف القاهرة.

5. يمكن الجمع بين التهديد المالي والتعويض، في حين لا يجوز الجمـع بـين التعـويض الاتفاقي والتنفيذ العيني إلا إذا كان متفقاً عليه لحالة التأخر في تنفيذ الالتزام.

المطلب الرابع: التمييز بين التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري:

الالتزام التخييري هو ذلك الالتزام الذي يتعدد فيه المحل وتبرأ ذمة المدين منـه إذا أدى واحداً منها، وعلى هذا نصت المادة (1/407) ق.م.أ بقولها "يجوز أن يكون محل التصرف عدة أشياء على أن تبرأ ذمة المدين إذا أدى واحداً منها"[1].

ويشترط في كل محل من المحال المتعددة أن يكون مستوفياً للشروط الواجب توافرهـا في المحل، ذلك لأن أي من هذه المحال قد يكون محلاً للوفاء بالالتزام[2].

والأصل أن يكون الخيار للمدين إلا إذا اتفق المتعاقدان أو نص القانون على غير ذلـك، كأن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين أن يكون الخيار للدائن، ومثل هذا الاتفاق يعتبـر صـحيح، وهذا ما أكدته المادة (2/407) ق.م.أ بقولها "ويكون الخيار للمدين إذا كان مطلقاً إلا إذا قـضى الاتفاق أو القانون بغير ذلك".

---

(1) وهي تقابل المادة (275) من ق.م. م. والمادة (291) من المشروع.

(2) الفار، عبد القادر: احكام الالتزام، مرجع سابق، ص156.

لكن ماذا لو أن صاحب الحق في الاختيار أمتنع عن استعماله؟ أن الحكم في ذلك يختلف بحسب ما إذا كان الخيار للمدين أم للدائن كما يلي[1]:

1. فإذا كان الخيار للمدين ثم امتنع عن الاختيار أو إذا تعدد المدينون ولو يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي نفسه تعيين محل الالتزام.

2. أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم عين القاضي أجلاً بناء على طلب المدين، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يتم الاختيار من جانب الدائن أو الاتفاق بين الدائنين، انتقل الخيار إلى المدين نفسه لا إلى القاضي.

وبناء على ما سبق وبعد بيان مفهوم الالتزام التخييري فإن هناك مجال للخلط فيا بينه وبين التعويض الاتفاقي ولذلك سيتم تحديد أوجه الشبه والخلاف بينهما.

أولاً: أوجه الشبه:

أولاً: أن الالتزام المتضمن تعويضاً اتفاقيا يكون هناك محلين للالتزام وكذلك الأمر في الالتزام التخييري يقتضي تقديم أحدهما فقط، لأنه في حالة الالتزام الذي يتضمن تعويضاً اتفاقياً من الممكن أن يكون المحلين متوجبين معاً، كما لو كان التعويض الاتفاقي قد وضع لحالة التأخير في التنفيذ وحصل ذلك فعلاً بالرغم من توجيه الأعذار إلى المدين[2].

ثانياً: أوجه الخلاف:

1. التعويض الاتفاقي لا يمكن أن يكون إلى جانب التنفيذ العيني أحد محلي التزام تخييري، حيث لا يستطيع المدين أن يعرض التعويض الاتفاقي ما دام التنفيذ العيني ممكناً وطالب

(1) انظر في هذا المجال المادة (408) ق.م.أ. والمادة (276) ق. م. م والمادة (292) من المشروع، وكذلك سعد نبيل إبراهيم: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص206. الياس، ناصيف: البند الجزائي، مرجع سابق، ص45.

(2) المهتار، طلال: البند الجزائي، مرجع سابق، ص8.

به الدائن أو عرضه المدين، أما الالتزام التخييري فيمكن للمدين أو الدائن -بحسب الأحوال- أن يختار أحد المحال ويوفي به ولا يستطيع هذا الأخير أن يرفض الوفاء[1].

2. إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام المقترن بتعويض اتفاقي مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كقوة قاهرة مثلاً، فإن هذا الالتزام ينقضي ويزول وكذلك التعويض الاتفاقي تبعاً له، في حين أن الالتزام التخييري يبقى قائماً لا يتأثر وجوده إذا هلك أحد المحال المتفق عليها[2].

3. إذا كان المحل الأصلي للالتزام المقترن بتعويض اتفاقي لا يصلح أن يكون محلاً لعدم توافر الشروط الواجبة فيه، فإن هذا الالتزام يسقط وكذلك التعويض الاتفاقي أيضاً، في حين أن الالتزام التخيري، إذا كان أحد محليه لا يصلح أن يكون محلاً للالتزام أصبح المحل الآخر هو المستحق[3].

وعلى ذلك لا يعتبر التعويض الاتفاقي التزاماً تخييرياً.

المطلب الخامس: التمييز بين التعويض الاتفاقي والالتزام البدلي:

الفرع الأول: طبيعة الإلتزام البدلي ومفهومه:

الالتزام البدلي هو الالتزام الذي يكون محله شيئاً واحداً ولكن ذمة المدين تبرأ منه إذا وفي بشيء آخر غير محل الالتزام الأصلي.

وهذا ما نصت عليه المادة (411) ق.م.أ بقولها "يكون التصرف بدلياً إذا كان محله شيئاً واحداً ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر، والأصيل لا البديل وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته"[4].

---

(1) الحسناوي، حسن حنتوش: التعويض القضائي، مرجع سابق، ص53.

(2) ناصيف، الياس: البند الجزائي، مرجع سابق، ص45.

(3) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص146.

(4) وهي تقابل المادة (278) ق. م. م. والمادة (294) من المشروع.

إن محل الالتزام وهو الشيء الأصلي لا البديل، هو الذي يتحدد علـى أساسـه طبيعـة الالتزام فيما إذا تعلق بعقار أو منقول، وفيما إذا كان قابلاً للتجزئة أم لا وأن المدين هو وحـده الذي يملك أن يحل الشيء البديل محل الشيء الأصيل، فإذا أصبح الوفـاء بالمحـل الأصـلي مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام البدلي ينقضي تبعاً لذلك، وتبرأ ذمة المدين حتى ولو كان بالامكان الوفاء بالبديل[1].

الفرع الثاني: أوجه الشبه والخلاف بين الالتزام البدلي والتعويض الاتفاقي:

أولاً: وجه الشبه:

إن محل الالتزام الأصلي في كل منهما هو الأصل،وهو الذي يتحدد على أساسه طبيعـة الالتزام، وبالتالي فإذا أصبح الوفاء بالمحل الأصلي مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، سقط هذا الالتزام وسقط تبعاً له الالتزام البدلي وكذلك التعويض الاتفاقي.

ثانياً: وجه الاختلاف:

أن التعويض الاتفاقي لا يعتبر التزاماً بدلياً، ذلك لأن المدين ليس باستطاعته اجبار دائنه على قبوله بدلاً من التنفيذ العيني للالتزام مادام هذا التنفيذ ممكناً، وهذا على خلاف الأمر بالنسبة للالتزام البدلي إذا يجوز للمدين أن يحل البدل محل الأداء الأصلي، بالرغم من بقاء هـذا الأداء ممكناً ويجبر الدائن على قبوله[2]، وفي هذا يختلف التعويض الاتفاقي عن الالتزام البدلي.

ومن الجدير بالذكر أن التعاقد بالعربون إذا كان العربون ثمناً للعدول، صورة للاتفـاق على التزام بدلي، إذ يكون المتعاقد ملتزماً بما تعهد به، ولكن له أن يبرئ ذمته من التزامه بترك العربون، أو رده ومثله.

لذلك يجب التعرف إلى العربون وتمييزه عن التعويض الاتفاقي، ويعرف العربون على أنه "مبلغ من النقود (أو منقول من نوع أخر)، يدفعه أحد المتعاقـدين للآخـر وقـت التعاقـد،

---

(1) الفار، عبد القادر: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص161.

(2) الحسناوي، حسن حنتوش: التعويض القضائي، مرجع سابق، ص54.

والغرض من العربون إما الدلالة على أن لكل من المتعاقدين الحق في العـدول عـن الـصفقة ونقض العقد، وإما الدلالة على أن العقد قد تم نهائياً وأن القصد من دفع العربون هـو ضـمان تنفيذه"[1].

لقد اختار المشرع الأردني أن يكون للعربون دلالة عدول وهذا واضح من نص المـادة (107) من القانون المدني الذي جاء فيها ما يلي "1. دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. 2. فإذا عـدل مـن دفـع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رده ومثله"[2].

والواضح من هذا النص أن العربون يدل على حق كل من الطرفين العدول عن العقـد، وإنما قد يتفق الطرفان على غير ذلك، أي على أن يكون للعربـون دلالـة ثبـات[3]، ويجـب الرجوع في هذا المجال إلى نية المتعاقدين الصريحة او الضمنية لأنها هي التي يجب التعويـل عليها في تحديد الغرض من دفع العربون[4].

وبهذا يكون لكل من المتعاقدين -في ظل النص السابق- الحق في العدول عن العقد قبل أن يتم تنفيذه، إذا لم يتم الاتفاق على تحديد مدة معينة لذلك، فقيام البائع بتنفيذ التزامه المترتـب عليه بموجب العقد يؤدي إلى انقضاء حقه بالعدول عن العقد، إلا أنه وفي المقابل يعتبـر قيـام المشتري بدفع الثمن منهياً لحقه بالعدول عن العقد[5].

وفي حالة أن تم تنفيذ العقد فإنه يتعين الرجوع إلى اتفاق المتعاقدين فيما يتعلق بمـصير العربون فإذا لم يوجد اتفاق فيتم تنزيل العربون إذا كان مبلغاً من النقود من ثمـن المبيـع، وإذا

---

(1) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص73، دواس، أمين: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص75.

(2) وهي تطابق المادة (103) ق.م.م والمادة (92) من المشروع.

(3) وهذا هو الوضع كذلك في كل من مصر وفلسطين حيث جاءت كل من المادة (103) ق.م.م والمادة (92) من المشروع مطابقة لنص المادة (107) ق.م.أ.

(4) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص73.

(5) الترمانيني، عبد السلام: أحكام العربون في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، مج1، ع1-2، 1977، ص58. دواس، أمين: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص76.

كان عبارة عن مال منقول فيجب رده إلى مقدمه، وأن يتم دفع الثمن النقدي المتفق عليه كاملاً[1].

أما في حالة أن تم العدول عن العقد من قبل أحد المتعاقدين وكان هو دافع العربون فإنه يصبح من حق المتعاقد الآخر، وإذا كان العدول من قبل الطرف الذي قبض العربون فإنه يتوجب عليه في هذه الحالة رد مثليه.

وتطبيقاً إلى ما نوهنا إليه فقد أكدت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها بقولها "أن تخلف المدعى عليه عن تنفيذ التزامه بالفراغ عن العقار للمدعي بموجب عقد الوعد بالبيع المنظم لدى مديرية تسجيل الأراضي خلال المدة المتفق عليها في العقد رغم تبليغه إنذار عدلياً وانقضاء المدة المضروبة في الإنذار، يعتبر عدولاً عن الوعد بالبيع، فيكون الحكم بالتزامه برد العربون المقبوض ومثله يتفق وأحكام المادة (2/107) من القانون المدني"[2].

مما تقدم وبعد بيان مفهوم كل من العربون والتعويض الاتفاقي، ونظراً إلى مصدر كل منهما وهو الاتفاق وأن من أهداف التعويض الاتفاقي والعربون ذات دلالة الثبات ضمان تنفيذ العقد وعدم الاخلال به، وحفظه من التلاعب إلا أن هناك العديد من أوجه الشبه بينهما وكذلك أوجه اختلاف سيتم تحديدها كما يلي:

أولاً: أوجه الشبه بين التعويض الاتفاقي والعربون:

1. أن كل من التعويض الاتفاقي والعربون يمتاز بطابع التبعية لاتفاق أصلي، وإذا كان هذا الطابع مسلماً به بالنسبة للتعويض الاتفاقي إلا أنه مختلف فيه بالنسبة للعربون، فهناك فريق من الشراح ينظر إلى العربون أنه عمل مادي وليس تعبيراً عن الإرادة في حين يرى فريق آخر أن النظر المقصور على الطريقة التي يتحقق بها العربون يخلط بين التنفيذ والاتفاق، صحيح أن العربون إنما يدفع تنفيذاً لاتفاق بين الطرفين، فلا يجوز أن

(1) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص75.

(2) تمييز حقوق رقم 92/677، مجلة نقابة المحامين، السنة الثانية والأربعون، ع4 -5، 1994، ص811.

يحصل العربون إلا بإرادتين، ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن العربون تصرف قانوني يجب أن تتوافر فيه عناصر التصرف القانوني، غاية ما في الأمر أن تسليم مبلغ من المال أو أي شيء مثلي آخر يشكل مظهراً للتعبير الإرادي، ومن هنا كان اتفاق العربون اتفاقاً عينياً[1].

2. أن كل منهما يبقى في حالة سبات لا يتم البحث فيه إلا في حالة عدم تنفيذ العقد من قبل أحد المتعاقدين، سواء كان عدم التنفيذ راجعاً إلى اختياره أو ناشئاً عن فعله أو فعل احد الأشخاص ممن يسأل عن أعمالهم مسؤولية تعاقدية[2]. فإذا تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، فإنه في هذه الحالة يستحق التعويض الاتفاقي إذا تحققت شروطه، وفي حالة العربون فإن العربون يستحق أيضاً في هذا الحالة.

3. لا يجوز للقاضي الحكم بالتعويض الاتفاقي أو بعربون ذو دلالة الثبات إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، ما لم يكن فيه إرهاق للمدين، مع مراعاة ألا يلحق ضرر جسيم بالدائن من جراء الحكم بالتعويض[3].

4. لا يستحق أي منهما إذا تم فسخ العقد برضا المتعاقدين، أو إذا استحال تنفيذ العقد لسبب أجنبي لا يد لاحدهما في إحداثه[4] ذلك لأن كل منهما يعتبر تابع ويدور مع العقد الأصلي وجوداً و عدماً.

ثانياً: أوجه الخلاف بين التعويض الاتفاقي والعربون:

1. العربون يعتبر مقابلاً لحق العدول عن العقد، فمن أراد من المتعاقدين العدول عن العقد، كان له ذلك في مقابل دفع العربون، أما التعويض الاتفاقي، فهو تقدير للتعويض عن الضرر الحاصل، ويترتب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب

(1) درادكة، فؤاد صالح: العربون دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، ع4، 2004، ص481-482.

(2) فوده، عبد الحكم: الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، مرجع سابق، ص162. السنهوري: الوسيط، ج1، ص264.

(3) درادكه، فؤاد صالح: العربون، مرجع سابق، ص482.

(4) لقد سمى المشرع الأردني الفسخ في هذه الحالة (بالإقالة) في المادة (243) من القانون المدني.

على العدول عن العقد أي ضرر، أما التعويض الاتفاقي فلا يستحق إلا إذا كـان هنـاك ضرر لحق بالدائن(1).

2. أن التعويض الاتفاقي هو عبارة عن تعبير عن إرادة المتعاقدين يصاغ ضمن بنود العقد او في اتفاق لاحق، في حين أن العربون عبارة عن عمل مادي يصدر عن إرادة فهـو يتمثل بمبلغ من المال او أي شيء مثلي آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عنـد إبـرام العقد(2).

3. أن التعويض الاتفاقي بحاجة إلى أعذار لاستحقاقه، أما العربون يستحق بـدون توجيـه اعذار.

4. من حيث سلطة القاضي إزاء كل منهما بالنسبة للعربون لا يجوز للقاضي تعديله، أمـا التعويض الاتفاقي فإنه يجوز للقاضي تعديله بالزيادة أو النقصان ليتناسب مع الـضرر الحاصل فعلاً كما في القانون المدني المصري والمشروع، أو ليتساوى مع الضرر كمـا في القانون المدني الأردني كما سيأتي بحثه لاحقاً(3).

5. أن التعويض الاتفاقي لا يمكن تكييفه على أنه البدل في التزام بدلي، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلاً من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً، إذا كن التنفيذ العيني ممكناً وطالب به الدائن، في حين يمكن تكييف العربون على أنه البدل في التزام بدلي، طالما أنه يـتم دفعه في مقابل حق العدول عن العقد(4).

6. أن التعويض الاتفاقي لا يعتبر التزاماً تخييرياً بحيث أن المدين لا يملك العـدول عـن التنفيذ العيني إلى التعويض الاتفاقي بل يبقى ملزماً بتنفيذ التزامـه الأصـلي والمتمثـل بالتنفيذ العيني للعقد ما دام ممكناً، في حين أن عربون العدول يعطي الحـق لكـل مـن المتعاقدين في الاختيار بين تنفيذ العقد أو العدول عنه في مقابل دفع مقداره(5).

---

(1) جميعي، عبد الباسط، وآخرون: الوسيط، مرجع سابق، ص468، ناصيف، الياس: البند الجزائي، مرجع سابق، ص42ـ شعبان، زكي الدين: الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص129.

(2) شعبان، زكي الدين: مرجع سابق، ص129.

(3) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط، ج2، ص865.

(4) السنهوري: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص865. درادكه، فؤاد: العربون، مرجع سابق، ص483. جميعي، عبد الباسط وآخرون: الوسيط، مرجع سابق، ص468.

(5) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص81.

الفصل الرابع

آثار التعويض الاتفاقي ومدى تعلق أحكامه بالنظام العام

لقد أجاز القانون المدني الأردني ومثيل به المصري والمشروع الفلسطيني للمتعاقـدين الاتفاق مسبقاً على تحديد مبلغ التعويض الاتفاقي في بداية التعاقد، أو في اتفاق لاحـق، وهـذا يعني أن المشرع اعتبر التعويض الاتفاقي لا يتعارض وأحكام النظام العام، إلا أن هذه القـوانين خالفت هذا المبدأ، إذ أنها سمحت للقاضي تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة أو بالنقصان في حالة عدم تناسب مقداره مع الضرر الواقع، واعتبرت سلطة القاضي في هذا التعديل من أحكام النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهذا الأمر يقتضي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كمـا يلي:

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

المبحث الثاني: أحكام التعويض الاتفاقي والنظام العام

المبحث الأول

سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي

الأصل أن يعتبر التعويض الاتفاقي -متى تحققت شروط استحقاقه-، ملزماً للمتعاقدين والمحكمة، فالقاضي ملزم بأن يحكم على المدين المخل بالتزامه بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن، ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين، وعلى الرغم من هذا المبدأ إلا أن معظم القوانين المنظمة للتعويض الاتفاقي خولت القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي من حيث المبدأ، وإن كانت هذه القوانين تختلف في مدى منح القضاء هذه السلطة، حيث بلغت هذه السلطة مداها الأوسع في القانون المدني الأردني (مادة 364) الذي خول القاضي في جميع الأحوال، تعديل الاتفاقي زيادة أو نقصاً وليس من قيد لهذه السلطة سوى جعل التقدير مساوياً للضرر، فالضابط لهذه السلطة هو مقدار الضرر الواقع فعلاً، أما بالنسبة للقانون المدني المصري ومثيل به مشروع القانون المدني الفلسطيني، إذ خول القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي هبوطاً وصعوداً ضمن شروط معينة.

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث سيتم دراسة سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي في مطلب أول، وسلطته في زيادته في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي:

لم يورد القانون المدني الأردني نصوصاً صريحة على حالات تخفيض التعويض الاتفاقي فهو أغفل ذكرها اطلاقاً، في حين نجد نصوص القانون المدني المصري ومثيل به المشروع الفلسطيني قد حددت هذه الحالات في المادة (2/224)[1] منه بقولها "يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

---

(1) تقابلها المادة (2/241) مشروع مدني فلسطيني.

الواضح من نص المادة السابقة أن الحالات التي يجوز للمدين أن يلجأ إلى المحكمة للمطالبة بتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي تتمثل بحالتين هما:

الحالة الأولى: إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مبلغاً فيه إلى درجة كبيرة:

المبدأ أن التعويض الاتفاقي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة، ولهذا لا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الاتفاقي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن، حتى يستطيع القاضي أن يخفض هذا التعويض، وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للتعويض الاتفاقي، فينبغي أن يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية، حالته إذا كان التعويض الاتفاقي مجحفاً بحق المدين، ويقع على المدين هنا عبء الإثبات، حيث يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض إلى الحد المعقول، أي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر، لا إلى الحد المساوي للضرر كما اشترط ذلك القانون المدني الأردني في المادة (2/364)، آخذاً في الاعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن نية المدين[1].

وقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ما يلي "وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وعلى القاضي أعمال هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه"[2].

وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة في التعويض الاتفاقي فيما يراه حداً مناسباً لتخفيضه، ولا رقابة عليه في ذلك من جانب محكمة النقض.

---

(1) سعد، نبيل إبراهيم: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص75. أبو عرابي، غازي: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني – دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، مج25، ع2، 1998، ص51.

(2) طعن رقم 563 لسنة 34ق، جلسة 1968/12/5، المنشور لدى النواب، معوض: مرجع سابق، ص942.

الحالة الثانية: التنفيذ الجزئي للالتزام:

نصت الفقرة الثانية من المادة (224) من القانون المدني المصري على هذه الحالة، وقد تم ذكر هذه المادة سابقاً، ويستفاد من هذا النص صراحة امكان تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، بمعنى أن التنفيذ الجزئي يستدعي إعادة النظر في تحديد التعويض لأن هذا الأمر لم يكن ملحوظاً عند ابرام العقد.

والواقع هو أنه إذا كان التعويض الاتفاقي يفرض على المتعاقدين تحديداً مسبقاً للتعويض، دون أن يترك للقاضي، بناء لالتماس أي من المتعاقدين، أي مجال لتعديل شريعة المتعاقدين، فإنه من الممكن أن تكون توقعات المتعاقدين غير كافية، عند إبرام العقد، وخاصة بالنسبة للتنفيذ الجزئي، فإذا أهمل الدائن الاستفادة من نص المادة (342) [1]، من القانون المدني المصري، والتي تسمح له بأن يرفض الايفاء الجزئي للالتزام، وفي هذا يكون الدائن قد عدل عن المطالبة بالتنفيذ الكامل، ولا يحق له عندئذ، المطالبة بالتعويض الاتفاقي كاملاً، لأنه بذلك يكون قد استفاد بالوقت نفسه من التنفيذ والجزاء معاً، وهذا ما لا يجوز كما سبق ذكره، وهذا ما توقعته المادة (2/224) مدني مصري فقررت بأن للقاضي أن يعدل التعويض الاتفاقي عندما يكون التنفيذ جزئياً بناء على طلب المدين والذي يقع عليه عبء اثبات التنفيذ الجزئي.

وقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ما يلي:

"إذا كان الثابت من الأوراق أن الطرفين قد اتفقا في شروط المزايدة على أن لوزارة التموين -الطاعنه- أن تصادر التأمين المؤقت المدفوع من المطعون عليه الأول إذا لم يكمله عند قبول عطائه أو اعتماد رسو المزاد عليه وإعادة البيع على ذمته حينئذ أو إذا تأخر عن سحب المقادير المبيعة أو بضعها في الموعد المحدد فضلاً عن التزامه بأجرة التخزين والمصاريف الإدارية والفوائد بواقع 7% سنوياً وكان هذا الذي حدداه جزاء لإخلال المطعون إليه بالتزاماته إنما هو شرط جزائي يتضمن تقديراً إتفاقياً للتعويض فمن ثم يجوز للقاضي عملاً

(1) وقد جاءت المادة (372) من مشروع القانون المدني الفلسطيني مطابقة لها.

بالمادة 244 من القانون المدني أن يخفضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي نفذ في جزء منه"[1].

وفي الحقيقة عندما يكون الدائن قد قبل بالتنفيذ الجزئي، فإن القانون يأخذ واقعة رضـائه هذه بعين الاعتبار، فيقدر أن أهمية الضرر اللاحق بالدائن قد باتت على الأرجح، دون المقـدار المحدد بموجب التعويض الاتفاقي، فحينذاك ووفقاً لنية المتعاقدين المشتركة والمقـدرة، يمكـن النظر بتخفيض التعويض الاتفاقي بالنسبة للتنفيذ الجزئي للالتزام[2].

والذي يتبين من المادة السابقة أن القانون قد منح القاضي صلاحية لتعـديل التعـويض الاتفاقي، في حال التنفيذ الجزئي للالتزام، مما يعني أن التعديل ليس حتماً وإنما يعود أمر النظر به إلى القاضي في ضوء الظروف والحالات[3].

والحقيقة أنه لا يكفي شرط قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي، بل لا بد من أن يكون الدائن قد استفاد من ذلك التنفيذ، وأنه أدى إلى اشباع جزئي للدائن[4].

أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم يحدد الحالات التي يجوز فيها للقاضي تخفـيض قيمـة التعويض الاتفاقي، وبالتالي فإن للمدين في جميع الأحوال أن يطلب من المحكمة تخفيض قيمـة التعويض الاتفاقي ليكون مساوياً للضرر الواقع فعلاً، وهذا واضح من نص المادة (364) مـن القانون المدني حيث نصت على ذلك بقولها "يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلـب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر"[5].

---

(1) طعن رقم 71 سنة 36ق، جلسة 1970/4/30، المنشور لدى طلبة، أنـور: المـسؤولية المدنيـة، مرجـع سـابق، ص423.

(2) ناصيف، الياس: البند الجزائي، مرجع سابق، ص81.

(3) سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص76. أبو الـسعود، رمـضان: أحكـام الالتزام، مرجع سابق، ص120.

(4) أبو عرابي، غازي: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص51.

(5) طعن رقم 563 لسنة 34ق، جلسة 1968/12/5، المنشور لدى التواب، معوض: مرجع سابق، ص942.

وبناء على نص المادة السابقة يجوز للمدين أن رأى أن التعويض الاتفاقي مبالغ فيه ولا يتناسب مع حجم الضرر الذي لحق بالدائن فعلاً بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، واستطاع أن يثبت ذلك، ففي هذه الحالة للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يساوي الضرر، وفي هذا تقول محكمة التميز الأردنية أنه "عندما يكون مقدار التعويض محدداً في العقد مقدماً، فإن القاعدة أن يحكم به، إلا إذا ادعى المتعهد بأنه فاحش أو يزيد على الضرر الحقيقي اللاحق بالطرف الآخر، فيجوز للمحكمة تخفيضه بما يساوي الضرر تطبيقاً لأحكام المادة (2/364) من القانون المدني"[1].

وللقاضي كذلك أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ جزء من التزامه الأصلي وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها "يحكم لصاحب البناء على المقاول بالتعويض عن الضرر الذي قدره الخبير من جراء تأخره عن تسليم البناء في الموعد المتفق عليه في الاتفاقية المعقودة بينهما والمتضمنة موعد التسليم والزام المقاول بدفع مبلغ محدد فيها عن كل يوم يتأخر فيه التسليم كشرط جزائي، ولا يؤثر عدم تكرار الشرط الجزائي في الاتفاقية اللاحقة المبرمة بينهما في الموعد المحدد للتسليم"[2].

إن المشرع الأردني وإن كان قد منح القاضي سلطة واسعة في تخفيض التعويض الاتفاقي، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة دون قيد أو شرط، وإنما لها قواعد مقررة وهي ذات القواعد التي تحكم التعويض القضائي، وبناء على ذلك فإنه يجب أن يقدم طالب تعديل التعويض الاتفاقي دليلاً قانونياً يثبت ما يدعيه، إذ يجب على المدين مثلاً أن يقيم الدليل على أن التعويض الاتفاقي يزيد كثيراً عن الضرر الحاصل، فإن هو عجز عن ذلك، فإن المحكمة لا تحكم بالتعديل، وبالتالي يلزم بالتعويض الاتفاقي المحدد في العقد وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها "إن المادة 364 من القانون المدني قد أجازت للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب الفريقين أن تعدل في الاتفاق على الشرط الجزائي بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، وبناء عليه فإن صلاحية المحكمة في تخفيض التعويض المقدر بالشرط الجزائي بناء على طلب

(1) تمييز حقوق رقم 83/560، مجلة نقابة المحامين، 1984، ص1097.

(2) تمييز حقوق رقم 95/502، مجلة نقابة المحامين، 1995، ص1933.

الملتزم أو زيادة التعويض بناء على طلب الفريق الآخر ليست صلاحية مطلقة وإنما لها قواعد مقررة وهي أن يقدم طالب تعديل التعويض دليلاً قانونياً يثبت ما إدعاه فإن هو تخلف عن ذلك فعليه تبعة تقصيرة إذ لا تحكم المحكمة حسب طلب أحد الفريقين المجرد من الدليل وبالتالي إذا لم يقدم طالب تعديل التعويض دليلاً قانونياً يثبت ما أدعاه فيلزم بـالتعويض المقـرر بالشرط الجزائي المبين في العقد"[1].

المطلب الثاني: سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي:

قد يتم تحديد التعويض الاتفاقي بمبلغ قليل منخفض إلى درجة كبيرة، بحيث لا يتناسب البتة مع الضرر الذي يصيب الدائن، إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، وهنا يثور سؤال منطقي هو هل أعطى المشرع القاضي صلاحية زيادة التعويض الاتفاقي لمصلحة الدائن إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي تمشياً مع مبادئ العدالة؟.

لقد اختلف موقف القانون المدني المصري ومثيل به مشروع القانون المدني الفلسطيني، عن موقف القانون المدني الأردني، فالنسبة لموقف المشرع المصري قام بتحديد الحالات التي يتدخل فيها القاضي من أجل زيادة مقدار التعويض الاتفاقي، في المقابل نجد أن المشرع الأردني قد أعطى سلطة واسعة في زيادة مقدار التعويض الاتفاقي[2]. لهذا سيتم دراسة مواقف هذه القوانين من سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي بالتفصيل.

أولاً: موقف المشرع المصري وكذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني:

أن المشرع المصري ومثيل به المشروع لا يشترط المساواة بين قيمة التعويض والضرر الحاصل، وهذا واضح من نص المادة (2/244) من القانون المدني المصري[3]، ولهذا إذا تبين للقاضي أن التعويض المتفق عليه بين الدائن والمدين ليس مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة،

---

(1) تمييز حقوق رقم 871/391، مجلة نقابة المحامين، ع1-4، 1990، ص235.

(2) انظر في هذا المجال: سوار، محمد وحيد الدين: سلطة القاضي في تعديل العقود، محاضرة منشورة في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ع1-3، 1992، ص138.

(3) تقابل المادة (2/241) مشروع مدني فلسطيني.

وإنما هو على العكس من ذلك أقل من الضرر الحقيقي بشيء معقول، فإنـه لا يقـرر زيـادة التعويض ليكون مساوياً للضرر، بل يحكم به كما هو، وهذا يعني أن التعويض الاتفـاقي هنـا بمثابة اتفاق على التخفيف من المسؤولية.

ولا شك أن مثل هذا الاتفاق جائز في نطاق المسؤولية العقدية، وذلك عملاً بأحكام المادة (2/217) من القانون المدني المصري حيث نصت على ذلك بقولها "وكذلك يجوز الاتفاق علـى اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غـشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

يتضح مما تقدم أن القاضي وفقاً للقانون المدني المصري وكذلك المشروع الفلسطيني، لا مجال لزيادة التعويض الاتفاقي فيهما إذا طالب بذلك الدائن إلا في حالتين:

1. إذا ارتكب المدين نفسه غشاً أو خطأً جسيماً:

وهذا واضح من صراحة نص المادة (225) ق.م.م سالفة الذكر، والتي تبـين منهـا أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت الدائن أن المـدين قـد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، فإذا استطاع اثبات ذلك، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي زيـادة مقدار التعويض الاتفاقي ليكون متناسباً مع الضرر، وتبرر محكمة النقض المصرية ذلك بقولهـا "الغش يبطل التصرفات، هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال، وعدم الانحـراف عـن جادة حسن النية الواجب توافره في المعاقدات والتصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمـصلحة الأفراد والجماعات"[1].

---

(1) نقض مصري بتاريخ 1956/2/9، ص168، المنشور لدى: أحمد، إبراهيم سيد: التعويض الاتفاقي، مرجـع سـابق، ص1009.

ويلحق بالمدين تابعيه فيكون مسؤولاً عما يصدر عنهم من غش أو خطأ جسيم ويجوز للدائن في هذه الحالة أيضاً أن يطالب بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي، ولكن للمدين اعفاء نفسه مـن هـذه الزيادة ذلك بالاتفاق مع الدائن مسبقاً على عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي قد يقع من تابعيه عند تنفيذ التزامه، وحينئذ يصح التعويض وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 217 ولا يكون للدائن المطالبة بزيادة التعويض(1).

2. إذا كان التعويض الاتفاقي يتضمن اعفاء أو تخفيضاً من المسؤولية التقصيرية:

وهذا ما نصت عليه المادة (217) ق.م.م بقولها "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع" ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفـق الطرفـان على اعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلاً لو تم لتعارضه مع النظـام العام.

وفي المقابل يعتبر الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية اتفاقاً صحيحاً إذ لـيس فـي هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام، ويترتب على ذلك، أنه إذا كان مقدار التعويض الاتفاقي تافهاً أو أقل من قيمة الضرر الناشيء عن العمل غير المشروع، جاز للدائن أن يطلب من المحكمـة زيادة مقدار هذا التعويض ليكون متناسباً مع الضرر الحاصل، ولا يملك المدين أن يتمسك فـي هذه الحالة بالتعويض المتفق عليه، ويقوم القاضي بتقدير التعويض المناسب بما له من سلطة في ذلك دون التقيد بالتعويض المتفق عليه(2).

---

(1) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص878. طلبة، أنور: المـسؤولية المدنيـة، مرجـع سـابق، ص427.

(2) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص878. طلبة، أنور: المـسؤولية المدنيـة، مرجـع سـابق، ص428. أبو عرابي، غازي: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مرجع سابق، ص59.

ثانياً: موقف المشرع الأردني:

لم يحدد المشرع في القانون المدني الأردني الحالات التي يجوز فيها زيادة مقدار التعويض الاتفاقي من قبل القاضي بناء على طلب الدائن، إذ منحه سلطة مطلقة في هذا المجال، كما فعل بالنسبة لتخفيض التعويض الاتفاقي، وهذا واضح من نص المادة (2/364) المشار إليها سابقاً.

وهذا الأمر يعطي الدائن في كل حالة لا يتناسب فيها التعويض الاتفاقي مع الضرر الواقع فعلاً، اللجوء إلى القضاء مطالباً بزيادة مقدار التعويض الاتفاق، إذا استطاع اثبات ما يدعيه، وهنا يجوز للقاضي زيادة قيمة التعويض الاتفاقي ليتساوى مع الضرر، وله في ذلك سلطة تقديرية فإذا استطاع الدائن مثلاً أن يثبت أن الاخلال بالالتزام الأصلي كان بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم، فهنا يملك القاضي زيادة التعويض الاتفاقي وهذا ما هو إلا تطبيق لنص المادة (2/358) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"، وكذلك إذا استطاع الدائن أن يثبت أن التعويض الاتفاقي يتضمن معنى الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن العمل غير المشروع، فالقاضي يملك سلطة زيادة التعويض الاتفاقي في هذه الحالة أيضاً[1]، وذلك عملاً بأحكام المادة (270) من القانون المدني الأردني.

لقد انتقد العديد من الشراح موقف المشرع الأردني في اطلاق سلطة القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي في جميع الأحوال التي لا يتساوى فيها هذا التعويض مع مقدار الضرر الواقع، بناء على طلب أحد الطرفين، على اعتبار أن ذلك يؤدي إلى الغاء كل دور للتعويض الاتفاقي، ولا يحقق الفائدة العملية المرجوة منه، فما هي إذن الحكمة من تشريع التعويض الاتفاقي وذلك في الفقرة الأولى من المادة (364) من القانون المدني الأردني، والتي تعطي للمتعاقدين الاتفاق مسبقاً على تحديد قيمة الضمان في العقد أو في اتفاق لاحق، لعل أن هذا الأمر

(1) أبو عرابي، غازي: مرجع سابق، ص60.

يعني أن يبقى الباب مفتوحاً على مصراعيه أمام الطرفين المتعاقدين من أجل اللجوء إلى القضاء للطعن بالتعويض المتفق عليه[1].

ومن الثابت عملياً أن العقود إذا كانت متراخية التنفيذ، فإن الغالب من الأحيان أن تتغير الظروف الاقتصادية، الأمر الذي يؤدي إلى ظهور مصلحة لأحد المتعاقدين للطعن بـالتعويض الاتفاقي، مدعياً أن فيه زيادة عن الضرر الواقع أو أن فيه نقصاً عنه أو لمجرد المماطلـة فـي تنفيذ الالتزام الأصلي، وهذا يؤدي إلى أن الأمر سينتهي حتماً إلى التقدير القضائي للتعـويض، مما يجعل نظام التعويض الاتفاقي عديم الجدوى من الناحية العملية وفي هـذا الـصدد يقـول الدكتور محمد وحيد الدين سوار في نقده لموقف المشرع الأردني ما يلي "ونحن نميل إلى موقف المشرع المصري الذي يقيم للاتفاق دوراً في مجال تعديل التعويض عملاً بالقاعدة الكلية (أعمال الكلام أولى من اهماله)، والإ كان الاتفاق على الشرط الجزائي من قبيل العبـث، ويهـبط دور القاضي فيه بإقامة المساواة بين التعويض والضرر"[2].

ويؤخذ على المشرع الأردني أيضا أنه اشترط المساواة بين الضمان والـضرر، فيمـا يتعلق بالتعويض الاتفاقي، وكان المفروض بالمشرع الأردني أن يأخذ بتعديل التعويض الاتفاقي ليكون متناسباً مع الضرر.

ومن الجدير بالملاحظة في هذا المجال أن اطلاق سراح سلطة القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي لا تعني إهدار كل قيمة له فهو من ناحية أي القاضي لا يملك مباشرة سلطته هذه إلا إذا طلب منه ذلك أحد الخصوم، ومن ناحية أخرى أن التعويض الاتفاقي يبقى مفيداً للـدائن لأنـه يعفيه من عبء الاثبات ويلقي به على المدين الذي يدعي عدم وقوع الـضرر أو أن التعـويض المتفق عليه مبالغ فيه[3].

---

(1) سلطان، أنور: تعليق على نظرية العقد في القانون المدني الأردني، محاضرة منشورة، ع2. مجلة نقابـة المحـامين الأردنيين، 1987، ص213.

(2) سوار، محمد وحيد الدين: سلطة القاضي في تعديل العقود، مرجع سابق، ص136.

(3) انظر في هذا المجال، دواس، أمين: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص78.

المبحث الثاني

النظام العام وأحكام التعويض الاتفاقي

يلاحظ أن كل من القانون المدني الأردني والمصري وكذلك مشروع القـانون المـدني الفلسطيني، قد نظم موضوع التعويض الاتفاقي بنصوص صريحة، وجعلت بعض أحكامه تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز للأفراد المتعاقدة الاتفاق على خلافها، وبناءاً على هذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: فكرة النظام العام

المطلب الثاني: أحكام التعويض الاتفاقي والنظام العام

المطلب الأول: فكرة النظام العام:

لقد قام المشرع بتشريع القواعد القانونية بهدف تنظيم العلاقات بـين النـاس، وأقرنهـا بالجزاء واعطاها صيغة الالتزام، ولكنه قام بتقسيم هذه القواعد إلى قواعد آمرة واعتبرهـا مـن النظام العام، ولم يجز الاتفاق على خلافها، وأخرى مكملة وأجاز الخروج عليها، بمعنى الاتفاق على خلافها.

يعتبر تعريف النظام العام من أكثر الأمور التي أثارت جدلاً في الفقه وتباينت تبعاً لذلك فكرة النظام العام من حيث نطاقها تبعاً للاتجاهات التي انبعثت عنها هذه التعريفات[1]. ومع ذلك يمكن القول بأن القاعدة القانونية إذا تعلقت بنظام المجتمع الأعلى، حيث يخضع لها الجميـع ولا يجوز لأحد مخالفتها وإلا فسيتعرض للجزاء اعتبر ذلك من النظام العـام، لأن النـاس وجـدوا أنفسهم ملزمين بمراعاتها وعدم الخروج عليها وهي تحقق رغبة المشرع في تنظيم المجتمع وفق أسس معينة تشكل المعيار الموضوعي في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية[2].

---

(1) سلطان، أنور: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص125.

(2) الزعبي، خالد، الفضل، منذر: المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص53.

والواقع أن اختلاف التعريفات جعل من الصعب تحديد فكرة النظام العام على وجه دقيق، والأفضل القول أن النظام العام أساسه فكرة المصلحة العامة مهما تكن هذه المصلحة سواء أكانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو غيرها، وحيث أن فكرة المصلحة العامة ممكنة التغيير من دولة إلى أخرى، ومن زمن إلى زمن في نفس الدولة، فإن فكرة النظام العام تعتبر تبعاً لذلك فكرة متغيرة وبعبارة أخرى اعتبرت فكرة نسبية ينظر إليها في جماعة معينة في زمن معين، فمثلاً تعدد الزوجات لا يعتبر مخالفاً للنظام العام في فلسطين، في حين أنه يعتبر كذلك في فرنسا مثلاً، فمن الأفضل في سبيل تحديد فكرة النظام العام إيراد بعض التطبيقات بشأنها مع ملاحظة أن نظام العام يختلف ضيقاً واتساعاً وفقاً للمذهب الاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة، فحيث يسود المذهب الفردي يضيق نطاق النظام العام وحيث يسود المذهب الاشتراكي يتسع مفهوم النظام العام(1).

ومن التطبيقات لفكرة النظام العام في نطاق القانون الخاص عدم جواز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية تخفيضاً أو اعفاءاً، وذلك لخطورة النتائج التي تترتب على الخطأ التقصيري، والتي إن أجاز المشرع الاتفاق على تعديل أحكامها يكون قد ساعد وشجع الأفراد على عدم التحرز في تصرفاتهم، وخاصة تلك التي من الممكن أن ينتج عن مباشرتها الحاق الضرر بالغير مثل المصانع ومخلفاتها(2).

وكذلك يعتبر من النظام العام في هذا المجال ما يضعه المشرع من قواعد قانونية ترمي إلى حماية الطرف الأضعف اقتصادياً في التصرفات، حيث يقع باطلاً كل اتفاق من شأنه مخالفه قوانين العمل التي ترمي إلى حماية العامل، كما يقع باطلاً كل اتفاق يرمي إلى الانتقاص من حقوقه(3).

---

(1) الصراف، عباس، وحزبون، جورج: المدخل إلى علم القانون، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص36.

(2) سوار، محمد وحيد الدين: الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص28.

(3) الصراف، عباس وآخر: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص39.

وفي نطاق قانون الأحوال الشخصية، حرم المشرع على الاشخاص الاتفاق على مخالفة حكم الشريعة والقانون في توزيع أنصبة الأرث، أو الزواج من خمسة نساء مع بقاء رابطة الزوجية للزوجات الأربع وما الزواج الخامس إلى زواج باطل رغم وجود بعض الأثار القانونية التي يرتبها القانون رغم إرادة الطرفين كثبوت العدة والنفقة والنسب(1).

ومن أمثلة القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في مجال القانون العام تلك القواعد التي تحرم القتل، السرقة، الإيذاء، الاختلاس، خيانة الأمانة، الحاق الأذى بالنفس أو الجسد.

المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي والنظام العام

نظراً لأهمية التعويض الاتفاق في الحياة العملية والاقتصادية، فقد عمد المشرع في كل من الأردن ومصر وفلسطين إلى تنظيم أحكامه وفق اعتبارات النظام العام، أي أنه أورد بهذا الشأن قواعد آمره لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ونرى ذلك تباعاً في القانون المدني الأردني، والقانون المدني المصري ومثيل به مشروع القانون المدني الفلسطيني.

أولاً: الموقف في القانون المدني الأردني:

أن المشرع الأردني جعل بعض أحكام التعويض الاتفاقي من النظام العام، كما هو واضح من نص المادة (2/364) من القانون المدني وهذه الأحكام هي:

1. لقد اشترط المشرع الأردني وقوع الضرر واعتبره ركناً أساسياً لاستحقاق التعويض الاتفاقي، وهذا يعني أن المدين إذا تخلف أو تأخر عن تنفيذ التزامه المقترن بتعويض اتفاقي، ولم يلحق ضرراً بالدائن من جراء ذلك، فلا يبقى موجباً لأعمال التعويض الاتفاقي لتعلق هذا الأمر بالنظام العام، وبالتالي لو تم الاتفاق بين المتعاقدين على استحقاق التعويض الاتفاقي حتى ولو لم يلحق ضرراً بالدائن، فللمدين اللجوء إلى المحكمة مدعياً عدم وقوع الضرر للتهرب من دفع قيمة التعويض الاتفاقي.

(1) الزعبي، خالد وآخر: المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص49.

2. من المعلوم أن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية أو تخفيفها في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشاً أو خطأً جسيماً، يعتبر باطلاً كما هو واضح من نص المادة (2/358) حيث جاء فيها "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم" وبالتالي فإن التعويض الاتفاقي الذي تكون قيمته تافهة، بحيث تتضمن معنى الإعفاء من تلك المسؤولية يعتبر باطلاً لتعلق الأمر بالنظام العام.

3. يعتبر القانون المدني الأردني، التعويض الاتفاقي الذي يكون مبالغاً فيه بقصد التحايل على قواعد قانونية آمرة باطلاً كما هو الحال في حالة الفوائد الاتفاقية حيث أن المشرع الأردني وضع حداً أقصى للفائدة وهي 9%، وبالتالي ليس باستطاعة الأفراد المتعاقدة تجاوزها بالاتفاق على تعويض اتفاق أكبر من تلك النسبة، لتعلق هذا الأمر بالنظام العام.

4. كذلك اعتبر المشرع الأردني التعويض الاتفاقي ذو القيمة التافهة باطلاً في الحالة التي يقصد منها الإعفاء من المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الفعل الضار لتعلق ذلك بالنظام العام وهذا ما أكدته المادة (270) من القانون المدني بقولها "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار".

5. لقد أعطى المشرع الأردني للمحكمة سلطة التدخل لتعديل التعويض الاتفاقي سواء بالزيادة أو النقصان بناء على طلب أحد المتعاقدين ليتساوى مع مقدار الضرر الحاصل فعلاً واعتبر ذلك من النظام العام، وبالتالي يعتبر أي اتفاق يتضمن استبعاد سلطة المحكمة سواء بالزيادة أو النقصان باطلاً كما هو واضح من عجز المادة (2/364) من القانون المدني حيث نصت على ذلك بقولها "... ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

ثانياً: الموقف في القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني:

لقد اعتبر المشرع المصري ومثيل به المشروع الفلسطيني أحكام التعويض الاتفاقي من النظام العام حيث ورد النص على ذلك صراحة في المـادة (224) [1]، مـن القـانون المـدني المصري.

وبالرجوع إلى نص المادة السابقة نجد أن هناك أحكام جعلها المشرع متعلقة بالنظام العـام، واعتبر الخروج عليها باطلاً وهذه الأحكام هي:

1. لقد أوجب المشرع وقوع الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي، وبالتالي أي اتفاق بـين المتعاقدين يتضمن استحقاق التعويض الاتفاقي حتى ولو لم يحصل ضرراً يعتبر بـاطلاً لمخالفته للنظام العام[2].

2. كما اعتبر المشرع أن التعويض الاتفاقي الذي من شأنه تشديد المـسؤولية، فـي حالـة المبالغة في التقدير، باطلاً إذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي تزيد عن قيمة الضرر بشكل مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، وكذلك الأمر في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي فـإذا قام المدين بتنفيذ الالتزام جزئياً، فلا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على اقتضاء كامل المبلغ المتفق عليه بموجب التعويض الاتفاقي، لأن المشرع أعطى القاضي في الحالتين السابقتين، سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي بناء على طلب المدين.

3. لقد اعتبر المشرع المصري الاتفاق على الإعفاء أو التخفيض من المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع باطلاً لتعارض ذلك مع النظام العام، وهذا مـا أكدتـه المادة (3/217) من القانون المدني بقولها "يقع باطلاً كل شرط يقـضي بالإعفـاء مـن المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع"، وبناء على ذلك لا يـستطيع المتعاقـدان الاتفاق على تعويض اتفاقي ذات قيمة تافهة يكون القصد منه اخفاء حقيقة الإعفاء مـن

---

(1) وقد جاءت المادة (241) من مشروع القانون المدني الفلسطيني مطابقة لنص المـادة (224) مـن القـانون المـدني المصري.

(2) الأهواني، حسام الدين كامل: النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص79.

المسؤولية التقصيرية لتعلق ذلك بالنظام العام. وهو بهذا الاتجـاه يتفـق مـع موقـف المشرع الأردني والذي بيناه في الفقرات السابقة.

4. أن المشرع أعطى الدائن الحق في المطالبة بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي إذ كان أقـل من الضرر الحاصل فعلاً، في الحالة التي يرتكب فيها المدين غـشاً أو خطـأً جـسيماً واعتبر ذلك من النظام العام.

5. لقد اعتبر المشرع أيضا أن التعويض الاتفاقي ذو القيمة المبالغ فيهـا والتـي يتـضمن تحايلاً على قواعد قانونية تتعلق بالنظام العام، كالحالة التي يكـون فيهـا هـذا المبلـغ تعويضاً عن التأخير، محله فوائد اتفاقية، إذ لا يجوز أن يزيد التعويض الاتفاقي علـى الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية، ذلك لأن النصوص التي تنظم الفوائد تتعلق بالنظام العام.

الخلاصة

والخلاصة أنه يستنتج مما سبق أن أحكام التعويض الاتفاقي متعلقة بالنظام العام بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق على حرمان المدين من التمسك بعدم استحقاق التعويض الاتفاقي في حالة انتفاء الضرر أو طلب تخفيضه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي أو إذا كان تقديره مبالغاً فيه، وكذلك لا يجوز حرمان الدائن من المطالبة بزيادة التعويض الاتفاقي في الحالة التي يرتكب فيها الدائن غشاً أو خطأً جسيماً، والذي أراه في هذا المجال أن المنهج الذي اتخذته القوانين حيال التعويض الاتفاقي هو منهج غريب، حيث أن القانون اعتبر التعويض الاتفاقي لا يتعارض مع النظام العام، وأعطى للمتعاقدين الحرية في تحديد قيمته.

وبعد ذلك جاء ومنح القاضي سلطة تعديل مقداره لكي يتناسب والضرر الحاصل فعلاً أو ليتساوى معه كما تطلب ذلك القانون المدني الأردني، واعتبر ذلك من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على استبعاد تلك السلطة، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو أن المشرع أعطى القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي واعتبرها من النظام العام، وبما أن الأمر كذلك فلماذا لم يعطي المشرع القاضي أعمال هذه سلطة من تلقاء نفسه؟ وإنما جعل ذلك متوقفاً على طلب الدائن أو المدين؟ وعلى كل واحد منهم اثبات ما يدعيه، كما أن المدين له حق قبول التعويض بحالته بعد تحقق الاخلال بالالتزام حتى ولو كان مغالى فيه وأن هذا القبول الحر من المدين يعتبر بمثابة صلح يتنازل بموجبه عن حقه في التخفيض كما يعتبر بمثابة تبرع في حالة انعدام الضرر قبله صراحة أو ضمناً بعد وقوع الاخلال بالالتزام هذا وفي إطار سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي فإنه يملك زيادة مقدار التعويض المتفق عليه حتى يعيد التوازن للعلاقة العقدية وذلك في حالة ما إذا جاوز خطأ المدين مقدار التعويض بناء على طلب الدائن إذا أثبت ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم يجاوز حدود التعويض المتفق عليه[1].

(1) انظر في هذا المجال: معوض، فؤاد محمود: دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، ط1، 1999، ص312.

ويمكن القول في هذا المجال، أن الحرية التعاقدية ليس من شأنها أن تؤدي إلــى العــدل بالضرورة، ولكن حتى يكون العقد جديراً بالاحترام لا بدله من أن يحترم العدل، وبالتالي حتــى لا يكون التعويض الاتفاقي عرضة للتعديل يجب أن تكون قميته قدر الإمكان مناسبة بحيث تكون جابرة للضرر الذي يمكن حصوله فيما لو أن المدين أخل بتنفيذ التزامه.

الخاتمة

أما وأن أنهي البحث في هذه الدراسة يتبين لنا أن التعويض الاتفاقي منذ نشأته في عصر الرومان حمل في طياته أحد مفهومين، فهو إما أن يكون تعويضاً اتفاقياً هدفه تعويض المتضرر عما أصابه من ضرر، وإما أن يكون شرطاً جزائياً هدفه معاقبة الطرف المخل بالتزامه، وبالنسبة للأنظمة القانونية موضوع الدراسة وهي النظام القانوني الأردني والنظام القانوني المصري وكذلك النظام القانوني الفلسطيني فهي تتبنى مفهوم الشرط الجزائي، حيث أعطت للقاضي سلطة تعديله ليتناسب مع الضرر الواقع أو ليتساوى معه (كما في النظام القانوني الأردني).

لقد أصبح واضحاً كذلك من خلال هذه الدراسة أن للتعويض الاتفاقي أهمية كبيرة في المجالات التعاقدية، وأهمية التعويض الاتفاقي تتجلى بأنه يسمح للمتعاقدين تحديد التعويض المستحق عن الإخلال بالالتزام التعاقدي قبل حصوله، فهو يسمح للدائن بمعرفة ما سوف يحصل عليه من تعويض إذا أخل المدين في تنفيذ التزامه، وبذات الوقت يسمح للمدين بمعرفة مقدار التعويض الذي سوف يدفعه في حالة اخلاله بالالتزام الملقى على عاتقه، أضف إلى ذلك أن التعويض الاتفاقي يؤدي إلى التقليل من المنازعات التي تثور بشأن ركن الضرر من حيث وقوعه أو عدم وقوعه، مباشراً أو غير مباشر، متوقعاً أو غير متوقع، فهو يحول بهذا دون تدخل القضاء وتحكمه في تقدير التعويض هذا وغالباً ما يتطلب الأمر من القاضي الاستعانة بأهل الخبرة، الأمر الذي يؤدي إلى توفير الوقت والنفقات، بالإضافة إلى أن التعويض الاتفاقي يعود بفائدة كبيرة على الدائن، تتمثل بنقل عبء اثبات ركن الضرر، ذلك لأنه بالتعويض الاتفاقي يصبح الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين بمجرد الاخلال بالالتزام، وبالنتيجة يعد التعويض الاتفاقي خروجاً على القاعدة العامة التي تقضي أن عبء اثبات الضرر تقع دائماً على عاتق المدعي.

ويتبين كذلك لنا أن التعويض الاتفاقي يتصف بخاصتين هما: خاصية الاتفاقية وخاصية التبعية ويترتب على الخاصية الأولى أن التعويض الاتفاقي قبل كل شيء مجرد اتفاق بين

المتعاقدين، وهذا يعني أنه يجب أن يتوافر في هذا الاتفاق الأحكام العامة المطلوب توافرها في العقود من رضا المتعاقدين بهذا التعويض ومشروعية المحل والسبب.

ثم أن التعويض الاتفاقي هو اتفاق على تقدير التعويض، وهذه النتيجة تعتمد بشكل أساسي على القوة القانونية لاتفاق تحديد التعويض في القوانين المختلفة، أما بالنسبة لخاصية التبعية فهي تعني أن التعويض الاتفاقي التزام ثانوي جاء لضمان تنفيذ التزام آخر وهو الالتزام الأصلي بالنسبة له، وبما أن التعويض الاتفاقي تابع لالتزام أصلي فهو يدور معه وجوداً عدماً، وبالتالي فإن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان التعويض الاتفاقي ولكن ليس العكس فبطلان التعويض الاتفاقي لا يرتب بطلان الالتزام الأصلي.

ومن ناحية أخرى وبوجه النظر الخاصة أنه قد يكون وسيلة ضغط على المدين لتنفيذ التزامه مثل وسائل الضغط الأخرى، كالغرامة التهديدية وهكذا. ثم أن التعويض الاتفاقي يجب أن تتوافر عدة شروط أو أركان لاستحقاقه وهي تلك الأركان الواجب توافرها في التعويض القضائي وهي بذاتها أركان المسؤولية العقدية وهذه الاركان هي ركن الخطأ، وركن الضرر، ووجود علاقة السببية ما الخطأ والضرر، بالإضافة إلى اعذار المدين، ومن الجدير بالذكر أن الأنظمة القانونية محل الدراسة اشترطت توافر الأركان السابقة لتطبيق التعويض الاتفاقي.

ثم لا بد من الإشارة في هذه الخاتمة أن نصوص الأنظمة القانونية محل الدراسة التي نظمت أحكام التعويض الاتفاقي اعتبرت بعض أحكامه من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاقية على مخالفتها حيث اشترطت هذه القوانين وجوب توافر ركن الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي واعتبرته من النظام العام، ثم أعطت هذه القوانين للقاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي بالتخفيض في حالة أن كان تقدير التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وكذلك في حالة أن قام المدين بتفنيذ جزء من الالتزام الأصلي، وكذلك بالزيادة في حالة أن جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، وكذلك في حالة أن كان مقدار التعويض الاتفاقي تافهاً بحيث يفهم منه أنه اتفاق على تخفيف من المسؤولية التقصيرية المترتبة على العمل غير المشروع أو الفعل الضار، إلى الحد المناسب

للضرورة يعتبر هذا من النظام العام بحيث لا يجوز أن يتفـق الطرفـان المتعاقـدان علـى أن التعويض الاتفاقي واجب الدفع على كل حال، ولو تم مثل هذا الاتفاق لاعتبر باطلاً، ولا بد من الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني أعطى للطرفين المتعاقدين الطلب من القـضاء تعـديل التعويض الاتفاقي ليكون متساوياً مع الضرر الحاصل.

ثم تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن الاتفاق على التعويض الاتفاقي يجب أن يكون قبل الاخلال بالعقد وحصول الضرر، ذلك لأنه إذا تم الاتفاق عليه بعد وقوع الضرر فإنـه يعتبـر صلحاً عندئذ لا تعويضاً اتفاقياً.

التوصيات

في نهاية هذه الدراسة نتمنى على المشرع الفلسطيني بأخذ الأمور التالية بعين الاعتبار عند إقراره مشروع القانون المدني الفلسطيني:

1. الابتعاد عن الثغرات التي تؤدي إلى اضعاف التعويض الأتفاقي، مثل الاكتفاء بإدعاء المدين لنقل عبء الاثبات من المدين إلى الدائن، أو تطبيق التعويض الاتفاقي كما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين وبغض النظر عن مبلغ التعويض مقارنة مع الضرر الحاصل.

2. على المشرع تقييد سلطة القاضي بتعديل التعويض الاتفاقي سواء بالزيادة أو النقصان، لأن اطلاق سلطة القاضي أو تقييدها بطلب أحد طرفي العقد يؤدي إلى إضعاف دور التعويض الاتفاقي في العقود، خاصة أنه يوجد دائماً لأحد طرفي العقد مصلحة في طلب تعديل مبلغ التعويض الاتفاقي، ولهذا اقترح أن تصاغ المادة (274) من المشروع على النحو التالي: "يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبلغاً فيه بصورة بينة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، أما إذا جاوز الفرد قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، ويقع باطلاً على اتفاق يخالف ذلك".

3. على المشرع الأردني أن يستبدل ما يفيد تعديل التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يتساوى مع الضرر، إلى ما يفيد تعديله إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر.

4. نقترح على المشرع الأردني تعديل نص المادة (364) ق.م.أ لتصبح على النحو الآتي:

- "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون.

- لا يكون الضمان مستحقاً، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.

- يجوز للمحكمة أن تعدل هذا الضمان إلى ما يساوي الضرر في الحالات التالية بناء على طلب أحد الطرفين:

- إذا أثبت المدين أن الضمان كان مبالغاً فيه.
- أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.
- إذا اثبت الدائن أن الضمان كان تافهاً.
- إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً.

- يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة".

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العامة:

أبو السعود، رمضان: **أحكام الالتـزام**، دراسة مقارنة في القانون المـصري واللبنـاني، الـدار الجامعية، 1994.

أبو السعود، رمضان: **التأمينات الشخصية والعينة**، منشأ المعارف بالاسكندرية، 1956.

أبو ملوح، موسى سلمان: **شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني**، مـصادر الالتـزام، ط1، 2002.

الأهواني، حسام الدين: **النظرية العامة للالتزام**، أحكام الالتزام، ج2، 1996.

الجمال، مصطفى: **النظرية العامة للالتزامات** –دراسة مقارنة بين الفقـه الإسـلامي والقـوانين المدنية الوضعية- ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.

الجمال، مصطفى، وآخرون: **مصادر الالتزام وأحكام الالتزام**، دراسة مقارنة، 2003.

جميعي، عبد الباسط، وآخرون: **الوسيط في شرح القانون الأردني رقم 43 لـسنة 1976**، ج5، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 2001.

حمدان، حسين عبد اللطيف: **التأمينات العينية**، الدار الجامعية، بيروت، 1981.

دواس، أمين: **القانون المدني** –أحكام الالتزام-، دراسة مقارنة، دار الشروق، الأردن، 2005.

الزعبي، خالد، والفضل، منذر: **المدخل إلى علم القانون**، مكتبة دار الثقافة للنـشر والتوزيـع، عمان، 1998.

سعد، نبيل إبراهيم: **النظرية العامة للالتزام**، أحكام الالتـزام، دار الجامعـة الجديـدة للنـشر، الاسكندرية، 2003.

سلطان، أنور: **النظرية العامة للالتزام** (أحكام الالتزام)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997.

سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط2، المكتب القانوني، 1998.

السنهوري، عبد الرازق أحمد: **شرح القانون المدني**، النظرية العامة للالتزام –نظرية العقد- المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات لبنان، بيروت، 1934.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات آثار والالتزام، ج2، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني**، مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانوني المدني**، ج3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

سوار، محمد وحيد الدين: **النظرية العامة للالتزام**، ج1، المطبعة الجديدة، سوريا، دمشق، 1978.

سوار، محمد وحيد الدين: **شرح القانون المدني** –النظرية العامة للالتزام-، ج1، ط7، منشورات جامعة دمشق، 1992-1993.

الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام**، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

الصراف، عباس وحزبون، جورج: **المدخل إلى علم القانون**، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

العدوي، جلال علي: **أحكام الالتزام**، دراسة مقارنة في القانونيين المصري واللبناني، الدار الجامعية، د.ت.

عدوي، مصطفى عبد الحميد: **النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)**، ط1، مطبعة حمادة الحديثة، 1996.

العطار، عبد الناصر توفيق: **التأمينات العينية**، د.ت.

العطار، عبد الناصر توفيق: **مصادر الالتزام**، مؤسسة البستاني، 1990.

الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

فرج، توفيق حسن: **النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام** –مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، 1988.

الفضل، منذر: **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الأردني**، أحكام الالتزام، ج2، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، عمان، د.ت.

مرقس، سليمان: **أحكام الالتزام**، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1957.

مرقس، سليمان: **التأمينات العينية**، ط1، مطابع النشر للجامعات المصرية، 1959.

مرقس، سليمان: **موجز أصول الالتزامات**، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1961.

نجلة، موريس: **الكامل في شرح القانون المدني**، دراسة مقارنة، ج4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.

يكن، زهدي: **شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية**، ج5، ط1، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د.ت.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

الحسناوي، حسن حنتوش: **التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية** –دراسة مقارنـة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

فودة، عبد الحكم: **الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي**، دار الكتب القانونيـة، المجلة الكبرى، 1992.

كامل، رمضان جمال: **أحكام بيع ملك الغير**، ط4، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، 1998.

معوض، فؤاد محمود: **دور القاضي في تعديل العقد**، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، ط1، 1999.

ناصيف، إلياس: **البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ**، 1991.

ثالثاً: المجلات العلمية والدوريات:

أبو عرابي، غازي: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، **دراسات علوم الشريعة والقانون**، مج25، ه2، 1998.

بلال، صدام رضا: التعويض الاتفاقي، الشرط الجزائي، وسلطة القاضي في تعديله في القـانون المدني السوري والقانون المقارن، **مجلة المحامون**، مج68، ع1-6، 2003.

الترمانيني، عبد السلام: أحكام العربون في الشريعة والقانون، **مجلة الحقوق والشريعة**، مـج1، ع1-2، 1977.

درادكة، فؤاد صالح: العربون دراسة مقارنة، **مجلة الحقوق**، ع4، 2004.

الزعبي، محمد يوسف: ضمان الضرر في مجال المسؤولية المدنية، **دراسات العلوم الإنـسانية**، مج22، ع5، 1995.

سلطان، أنور: تعليق على نظرية العقد في القانون المدني الأردني، **مجلة المحامين الأردنيين**، ع2، 1987.

سوار، محمد وحيد الدين: سلطة القاضي في تعديل العقود، محاضرة منشورة في **مجلة نقابة المحامين الأردنية**، ع1-3، 1992.

شعبان، زكي الدين: الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مقال منشور، **مجلة الحقوق والشريعة الكويتية**، ع2، 1977.

الناهي، صلاح الدين: أحكام الالتزام، **مجلة نقابة المحامين**، رقم 19، كانون أول، 1985.

المحاسنة، محمد يحيى: المادة 360 مدني أردني والتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، **مجلة الحقوق**، ع3، مج24، 2000، ص268-269.

رابعاً: الأطروحات الجامعية:

المهتار، طلال: **البند الجزائي في القانون المدني**، (رسالة دكتوراه منشورة)، مقدمة بجامعة السوربون بفرنسا، دون مكان نشر، 1974.

الحموي، أسامة: **الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، (رسالة ماجستير منشورة)، مطبعة الزرعي، دمشق.

العيسائي، عبد العزيز مقبل: **شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الأردني واليمني، دراسة مقارنة**، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 1998.

درادكة، فؤاد: **الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني**، (رسالة ماجستير غير منشورة) في كلية الحقوق بالجامعة الأردنية، 1994.

فارس، سامر تيسير جميل: **التعويض الاتفاقي في العقود، دراسة في الوضـع القـانوني فـي فلسطين والأنظمة المقارنة،** (رسالة ماجستير غير منشورة) جامعة بيرزيت، فلـسطين، 1998.

خامساً: المصادر الأجنبية:

Cabriel Khoury, Le, Clause penab. Les oblig, en dr. fronc. Et egyptd, these paris 1939, 10.

Toellier, Le: Droit Civil Francais, 5e, ed, T.6 , N811, P.849.

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

Predetermined Reimbursement in Civil Law
Comparative Study

By
Tariq Mhommad Motlaq Abo Layla

Advisor
Dr. Hussein A. Mashaqi

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Masters in Low, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.

2007

Predetermined Reimbursement in Civil Law
Comparative Study

By
Tariq Mhommad Motlaq Abo Layla
Advisor
Dr. Hussein A. Mashaqi

Abstract

This study deals with a very important topic at the economic level in general. Predetermined reimbursement refers to previous agreement on the assessment of the required reimbursement incurred due to default of either party of his liabilities according to the contract. Predetermined reimbursement plays a vital role characterizing the contracts with obligatory qualities that help in their execution. In addition, it decreases disputes that may erupt as a result of damages and the volume of incurred reimbursement. Therefore, it prevents the necessity to recourse to arbitration and assessment whether by the judge himself or through seeking assistance of experts. In this way, it is possible to save time, costs, efforts, and money of both the contracting parties and the judicial authorities.

This study plays an important role at the Palestinian legal level since it deals with the predetermined reimbursement in the proposed Palestinian civil law in contrastive analysis with the legal systems in both Jordan and Egypt.

This study aims at investigating the legal value of predetermined reimbursement. It is essential to recognize the concept of the predetermined reimbursement and the conditions of its realization, in addition to the range of its application, and its discrimination of similar legal situations. Assistance of Jordanian and Egyptian jurisprudence and judicial systems will be sought to reach a clear vision of the legal effects that come up from

the predetermined reimbursement and to determine its legal nature. These outcomes are extremely important at not only the commercial, economical and investment levels but also the legal advantages of those who work in both the legal professions and the economical investments.

Consequently, this study is demonstrated in a preface and four chapters. In the study's preface, the study investigates the development of the predetermined reimbursement idea in various legal systems.

Chapter 1 deals with the general regulations and principles of predetermined reimbursement through two parts: Part 1 deals with the concept of predetermined reimbursement which is divided into two sections: Section1 aims at recognizing the predetermined reimbursement, and its terms in various systems. Section 2 deals with the importance of predetermined reimbursement. Part 2 investigates the characteristics of predetermined reimbursement which is also divided into two sections: Section 1 deals with the quality of the contract. Section 2 deals with the quality of subordinate.

Chapter 2 investigates the conditions of realizing the predetermined reimbursement and its application range, divided into two parts. Part 1 deals with the conditions of realizing the predetermined reimbursement which is in turn divided into two sections: Section 1 deals with the general terms of the verdict of the predetermined reimbursement including errors, damages and causal relationship. Section2 deals with excuses presented from the indebted to the debtor. Part 2 deals with the application range of the predetermined reimbursement which is also divided into two sections: Section 1 deals with application of the predetermined reimbursement

within the range of the contract. Section 2 deals with the application of the predetermined reimbursement within the damaging act.

Chapter 3 deals with the issue of selection and combination of material execution and predetermined reimbursement in addition to its discrimination from similar legal situations. Chapter 3 is also divided into two parts: Part 1 is dedicated to the issue of selection and combination between material execution and predetermined reimbursement which is in turn divided into two sections: Section1 is dedicated to the issue of selection between material execution and predetermined reimbursement. Section 2 is dedicated to the issue of combination between material execution and predetermined reimbursement. Part 2 deals with the discrimination of the predetermined reimbursement according to similar legal situations. This part is divided into five sections: Section 1 deals with the discrimination between the predetermined reimbursement and down payment. Section 2 deals with the discrimination between the predetermined reimbursement and peace-making. Section 3 deals with the discrimination between the predetermined reimbursement and material threat. Section 4 deals with the discrimination between the predetermined reimbursement and substitution commitment. Section 5 deals with the discrimination between the predetermined reimbursement and optional commitment.

Chapter 4 deals with the effects of the predetermined reimbursement and to what extent its regulations are related to the general system. This chapter is divided into two parts: Part 1 deals with the judge's authority in modifying the predetermined reimbursement which is divided into two sections: Section 1 deals with the judge's authority in assigning the predetermined

reimbursement. Section 2 deals with the judge's authority in increasing the predetermined reimbursement. Part 2 deals with the regulations of the predetermined reimbursement and general system which is divided into two sections: Section 1 deals with the issue of the general system. Section 2 deals with the regulations of the predetermined reimbursement and general system since the methodology of the legislator regarding this issue is a peculiar methodology in itself since the majority of laws permitted the contractors to agree upon the amount of reimbursement at the beginning of the contract and to make additions later on. This means that the legislator does not consider that the predetermined reimbursement does not contradict the regulations of the general system. However, the regulations of related to the predetermined reimbursement have violated the principle that they have adopted since they allow the judge to assign or increase the predetermined reimbursement if the amount of predetermined reimbursement is not proportional to the incurred damage, and they considered the judge's authority a part of the general system and that the predetermined reimbursement must not violate it.